Das irreguläre Pfandrecht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders -Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Werner Meyer
aus Dortmund.

Approbiert am 23. April 1931.

1931

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)
51 08

81:265

Das irreguläre Pfandrecht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders -Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Werner Meyer
aus Dortmund.

Approbiert am 23. April 1931.

1931

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)
51 08

Referent: Geh. Justiz-Rat Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Jnhaltsverzeichnis.

	Seite:
I. Begriff und Bedeutung des irregulären Pfandrechts.	1
II. Die Rechtsnatur des irregulären Pfandrechts.	4
A. Die nicht-pfandrechtlichen Erklärungsversuche.	4
B. Die pfandrechtlichen Theorien.	11
III. Die Entstehung des irregulären Pfandrechts.	24
IV. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses.	31
A. Vor der Pfandreife.	32
B. Nach der Pfandreife.	36
V. Die Beendigung des irregulären Pfandrechts.	43
VI. Das irreguläre Pfandrecht im Konkurs.	46

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549613_0118

Literatur-Verzeichnis.

Beyer: Die rechtliche Natur des Forderungspfandrechts, Diss. Erlangen 1927.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches in Heymanns Kommentar Bd. 3, 3. Aufl. 1914.

Bremer: Das Pfandrecht und die Pfandobjekte. 1867.

v. Brünneck: Wie gestalten sich die Rechte und Verpflichtungen aus der vom Mieter oder Pächter bestellten Sicherheit nach Veräußerung des vermieteten oder verpachteten Grundstückes. In Gruch. Beitr. Bd. 47 S. 288 ff.

Caspari: Sicherungsübereignung und Sicherungszession, Diss. Rostock 1903.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 6. Aufl. 1913.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 3, 1905.

Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht, Abt. 1, 1897.

Dernburg: Pandekten, Bd. 1, 6. Aufl. 1900.

Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 1, 1860.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches Bd. 3, 2. Aufl. 1901.

Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 1 5. Aufl. 1894.

Engelmann: Kann Geld Gegenstand eines durch Vertrag oder eines im Wege der Zwangsvollstreckung entstehenden Pfandrechts sein? Diss. Greifswald 1904

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
Bd. I, 2, 10. Bearbeitung 1928,
Bd. II, 1, 7. Bearbeitung 1927.

Exner: Kritik des Pfandrechtsbegriffes (nach röm. Recht) 1873.

Geisler:	Die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen nach geltendem Recht. Diss. Leipzig, 1914.
Gesterding:	Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, 4. Teil, I. Abt. 1832.
v. Gierke:	Deutsches Privatrecht, in Bindings Handbuch, Bd. 2: Sachenrecht, 1905.
Goldschmidt:	Handbuch des Handelsrechts, I. Bd., 2. Abt. 1868.
Haas:	Die Sicherstellung durch Uebereignung einer Geldsumme. Diss. Straßburg 1899.
Hanausek:	Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch, 1879.
Hirsch:	Die Uebertragung der Rechtsausübung, I. Teil, 1910.
Hofmann:	Besprechung der unten erwähnten Schrift von Pfaff in Kritischer Vierteljahrsschrift Bd. 12, Seite 542 ff.
Jhering:	Der Zweck im Recht, Bd. I, 3. Aufl. 1893.
Jhering:	Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. III, 3. Aufl. 1877.
Josef:	Das Flaschenpfand in Württ. Zeitschr. 1925 Seite 147 ff.
Kisch:	Grundriß des deutschen Konkursrechts, 4. Aufl. 1927.
Klinkmüller:	Die Barkaution nach geltendem Recht, Diss. Würzburg, 1917.
Kretschmar:	Secum pensare, 1886.
Krückmann:	Besprechung der unten erwähnten Schrift von Weigelin, in Z.Z.P. Bd. 34, S. 355 ff.
Kübler:	Geschichte des Römischen Rechts, 1925.
Leist:	Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien. 1889.
Leonhard:	Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. 1900.
Linsenbarth:	Das Pfandrecht an Forderungen, Diss. Leipzig, 1910.
Neuner:	Wesen und Art der Privatrechtsverhältnisse, 1866.
Nichterlein:	Die Barkaution nach gemeinem und bürgerlichen Recht. Diss. Greifswald 1901.
Oertmann:	Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1908.

Oertmann:	Pfandrecht an eigener Schuld, im Arch. ziv. Prax. Bd. 81, S. 61 ff.
Oertmann:	Die rechtliche Natur der Aufrechnung, im Arch. ziv. Prax. Bd. 113, S. 371 ff.
Oertmann:	Das Flaschenpfand, in Leipz. Zeitschr. Bd. 12, 1918, Seite 479 ff.
Pfaff:	Das Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, 1868.
Pfaff:	Zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes, in Grünh. Zeitschr. Bd. 1, S. 41 ff.
Planck:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. III, 4. Aufl. 1920.
Polzin:	Das pignus nominis und das Pfandrecht an Forderungen, Diss. Rostock, 1902.
Raape:	Die Verfallklausel, 1913.
Regelsberger:	Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession, im Arch. ziv. Prax., Bd. 63, S. 157 ff.
Reinhold:	Verpfändung von Geld, in Gerichtshalle, Bd. 42, S. 49 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Bd. III, 6. Aufl. 1928.	
Savigny:	System des heutigen Römischen Rechts, Bd. V., 1841.
Sohm:	Die Lehre vom subpignus, 1864.
Schaefer:	Das uneigentliche Pfandrecht im geltenden Recht, Diss. Greifswald, 1919.
Schreiber:	Das Lombardgeschäft, 1909.
v. Staudinger:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 1926.
Stein-Jonas:	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1929.
Strohal:	Besprechung der obenerwähnten Schrift von Hanausek, in Grünh. Zeitschr. Bd. 7, S. 410 ff.
Thal:	Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an einer Forderung, in Leonhards Studien, Bd. 15, 1905.
v. Tuhr:	Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, in Bindings Handbuch, Bd. 2, 2, 1918
Vangerow:	Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl. 1876.
Warneyer:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 2. Aufl. 1930.
Weigelin:	Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. 1904.

Windscheid:	Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., bearbeitet von Kipp, 1906.
Zitelmann:	Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, allgemeiner Teil, 1900

Abkürzungen.

Arch. ziv. Prax.	=	Archiv für die zivilistische Praxis.
Gruch. Beitr.	=	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Grünh. Zeitschr.	=	Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
J. W.	=	Juristische Wochenschrift.
Krit. Viert.-Schr.	=	Kritische Vierteljahrsschrift für Rechtswissenschaft.
Leipz. Zeitschr.	=	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
R.G.Z.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R.O.L.G.	=	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Seuff. Arch.	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Württ. Zeitschr.	=	Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung.
Z.Z.P.	=	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

I. Begriff und Bedeutung des irregulären Pfandrechts.

Irreguläres Pfandrecht (pignus irregulare) liegt vor, wenn zu Sicherungszwecken vertretbare Sachen mit der Bestimmung übergeben werden, daß sie nicht eadem specie, sondern eadem qualitate et quantitate zurückzugewähren sind[1]).

Es handelt sich hierbei um eine Art der Sicherstellung, die überaus häufig vorkommt. Einige Beispiele mögen das bestätigen. Dabei zeigt sich, daß die Ausdrücke des täglichen Lebens für das irreguläre Pfandrecht so verschieden sind, wie seine Erscheinungsformen.

So verlangt mitunter der Geschäftsherr von seinem Angestellten, der Staat von dem Beamten eine „Kaution", einen Geldbetrag, der als Deckung dienen soll für den Fall, daß der Angestellte bezw. der Beamte seinen kontraktlichen Verpflichtungen nicht nachkommt oder daß gar Deliktsansprüche entstehen. — Der Verpächter fordert vom Pächter häufig eine sogenannte „Pachtkaution" zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Pachtvertrag. — Die Bibliothek verlangt bei der Ausgabe von Büchern meist eine „Sicherheit", die in der Regel durch Hinterlegung eines Geldbetrages geleistet wird. — Die Badeanstalt fordert bei mietweiser Ueberlassung von Badezeug und Badewäsche ein „Pfand", meist in Gestalt einer bestimmten Geldsumme. Aehnliches ist bei der Bootsmiete üblich. — Besondere Erwähnung verdient noch das „Flaschenpfand". Es ist heute allgemeiner Brauch, daß die Brauereien vom Händler und der Händler wieder von seinen Kunden beim Verkauf von Flaschenbier für die Flasche ein „Pfand" verlangen zu dem Zwecke, daß die leeren Flaschen gegen Rückerstattung des Pfandbetrages zurückgegeben werden. Der Sicherungscharakter dieses Geschäftes ist vielfach geleugnet worden. Man hat behauptet, es handele sich um einen Kauf der Flaschen unter der Bedingung des Rückkaufes[2]). Gegen diese Ansicht hat Oertmann[3]) mit guten Gründen Stellung genommen. Er weist vor allem darauf hin, daß die Signierung der Flaschen den Willen der Brauereien, Eigentümerin zu bleiben, klar erkennen lasse.

In den angeführten Fällen handelt es sich gewöhnlich um Geld, das zu Sicherungszwecken übergeben wird, also um sogenannte Barkautionen. Indessen, nicht jede Barkaution begründet ein irregu-

[1]) vergl. die Definition bei Hanausek S. 165 mitte.

[2]) So neuerdings wieder Josef in Württ. Zeitschr. 1925 Seite 147 f. und R.O.L.G. 45, 150.

[3]) Oertmann in Leipziger Zeitschr. 1918 S. 479 ff.

läres Pfandrecht. Wenn nämlich das Geld mit der Verpflichtung zur Rückgabe der gleichen Stücke hingegeben wird — mag diese Vereinbarung ausdrücklich getroffen oder aus den Umständen zu entnehmen sein —, so entsteht daran ein gewöhnliches Sachpfandrecht[4]).

In der Regel aber wird derjenige, der Geld „zum Pfande" gibt, kein Interesse daran haben, dieselben Geldstücke zurückzubekommen. Im Zweifel wird man daher annehmen dürfen, daß sicherungshalber hingegebenes Geld in genere zurückzuerstatten ist. Insbesondere gilt das dann, wenn — wie meistens bei größeren Barkautionen — eine Verzinsung ausbedungen ist[5]). Es würde zu einer Verzinsungspflicht schlecht passen, wenn der Kautionsempfänger das Geld nicht angreifen dürfte, sondern als totes Kapital liegen lassen müßte.

Soweit bei einer Barkaution das Geld in genere zurückzuerstatten ist, stellt sie den typischen Fall eines irregulären Pfandrechts dar.

Aber nicht nur mit Geld ist die Begründung eines irregulären Pfandrechtsverhältnisses möglich, sondern auch mit jeder anderen vertretbaren Sache. So können Waren, Edelmetalle, Wertpapiere dergestalt zur Sicherung hingegeben werden, daß der Empfänger nach Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses nicht dieselben Sachen, sondern Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten verpflichtet ist. Man spricht in diesen Fällen vom uneigentlichen Lombardgeschäft[6]). Auch das uneigentliche Lombardgeschäft ist im Leben außerordentlich häufig. Es wird vor allem zur Sicherung von Darlehnsforderungen angewandt.

Mit den angeführten Beispielen sind die Anwendungsfälle des pignus irregulare (p. i.) bei weitem nicht erschöpft[7]). Ueberall da, wo jemand sich die Erfüllung der Verpflichtungen seines Schuldners sichern will, ist eine Sicherung in der Form des p. i. möglich. Sie hat vor anderen Sicherungsarten den Vorzug, daß sie zur denkbar schnellsten Befriedigung des Gläubigers führt[8]). Pfandverkauf, Zwangsversteigerung, Eintreiben der Forderung vom Bürgen, komplizierte und langwierige Verfahren, wie sie bei anderen Sicherungsarten zur Befriedigung erforderlich sind, fallen hier weg. Daher ist das p. i. vor allem ein beliebtes Sicherungsmittel bei den kleineren Geschäften des täglichen Lebens.

---

[4]) Vergl. Klinkmüller Seite 10 unten. Zu der Frage, ob Geld Gegenstand eines Pfandrechts sein kann, siehe die Spezialuntersuchung von Engelmann S. 21 ff.

[5]) Vergl. O.L.G. Bamberg in Seuff. Arch. 64 S. 100; s. auch Klinkmüller S. 11.

[6]) Vergl. Schaefer S. 5.

[7]) Weitere Beispiele bei Schaefer S. 4 und Haas S. 10.

[8]) Vergl. Demelius S. 95 unten f. und S. 229 unten.

Das charakteristische Merkmal des irregulären Pfandrechts besteht darin, daß die zur Sicherung hingegebenen Sachen in das Eigentum des Empfängers übergehen. Ob dies sofort bei der Uebergabe geschieht, wie meist bei Geld, oder erst durch späteren Verbrauch der Sachen (so in der Regel bei Wertpapieren)[9]), hängt von den Besonderheiten des einzelnen Falles und den Abmachungen der Parteien ab. Im Zweifel ist anzunehmen, daß zugleich mit der Uebergabe auch das Eigentum an den Sachen übergeht[10]).

Durch diesen Eigentumsübergang unterscheidet sich das p. i. vom normalen Sachpfandrecht, wie der quasi ususfructus vom gewöhnlichen Nießbrauch. Man sucht jedoch im Bürgerlichen Gesetzbuch vergebens nach einer dem § 1067 entsprechenden Bestimmung für das irreguläre Pfandrecht[11]). „Es gehört zu den vom Gesetzgeber selbst nicht geregelten, aber darum doch nicht für unzulässig erklärten, aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit herausgewachsenen Rechtsverhältnissen, wie sie bereits dem römischen Recht als sogenannte Innominatkontrakte bekannt waren und wie sie der Rechtsverkehr stets neu zeitigen wird."[12]).

Man nimmt an, daß schon zur Zeit des römischen Rechts irreguläre Verpfändungen vor allem zur Sicherstellung bei Pachtverträgen vorgekommen sind[13]). Direkte Quellennachweise sind indessen nicht vorhanden. Bezüglich der Form des p. i. beruft man sich auf die Analogie aus l. 31 D. loc. cond. 19, 2[14]).

Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat sich besonders in der letzten Hälfte des vorigen Jahrhunderts intensiv mit dem Wesen des irregulären Pfandrechts befaßt. Da die grundsätzlichen rechtlichen Voraussetzungen des gemeinen Rechts bezüglich des p. i. dieselben sind, wie im B.G.B., haben die damals aufgestellten Theorien auch nach heutigem Recht noch Geltung.

Die Rechtsnatur des Instituts ist äußerst umstritten. Die verschiedenen Meinungen lassen sich in zwei große Gruppen einteilen, in die pfandrechtlichen und die nicht-pfandrechtlichen Theorien. Unter Zugrundelegung dieser Einteilung sollen im folgenden die einzelnen Erklärungsversuche einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

---

[9]) Vergl. Schaefer S. 5 unten.
[10]) Vergl. Nichterlein, Seite 13 unten.
[11]) Es sei denn, daß man mit Zitelmann (Allg. Teil S. 141) den § 233 B.G.B. als allgemeine Bestimmung für das p. i. auffaßt.
[12]) So das O.L.G. Bamberg in Seuff. Arch. 64 No. 48.
[13]) Vergl. Gesterding S. 14 ff.
[14]) Siehe Demelius S. 224 Anm. 140.

II. Die Rechtsnatur des irregulären Pfandrechts.

A. Die nicht-pfandrechtlichen Erklärungsversuche.

In der Annahme, daß als Gegenstand eines eventuellen Pfandrechts nur die kautionshalber hingegebenen Sachen in Betracht kämen, haben viele den pfandrechtlichen Charakter des p. i. geleugnet, weil diese Sachen dem Kautionsempfänger zu eigen übertragen werden[15]). Man hat dann versucht, das sogenannte irreguläre Pfandrecht als rein obligatorisches Gebilde zu erklären.

Die Vereinbarung, daß der Kautionsempfänger das Empfangene nur in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten braucht, hat vielfach zu einer Gleichstellung von p. i. und Darlehn verführt. (Vergl. B.G.B. § 607 Abs. I.). So hat bereits im 18. Jahrhundert Balthasar[16]) im p. i. ein gemischtes Rechtsgeschäft, teils Darlehn, teils Verpfändung erblickt. Als reines Darlehn hat nach Pfaff[17]) die österreichische Praxis das p. i. aufgefaßt. Die gleiche Ansicht vertritt heute noch der Reichsgerichtsräte-Kommentar[18]) für den Fall, daß nach dem Parteiwillen das Eigentum an den übergebenen Sachen sofort auf den Kautionsempfänger übergehen soll. In neuerer Zeit hat sich Reinhold[19]) für diese Auffassung eingesetzt.

Die Aehnlichkeit des p. i. mit dem Darlehn beschränkt sich jedoch auf Aeußerlichkeiten, nämlich auf die Uebertragung der übergebenen Sachen zu Eigentum und die Rückgabepflicht in genere. Der innere Unterschied der beiden Institute liegt in der Verschiedenheit des Zwecks[20]).

Zweck des Darlehns ist, dem Darlehnsnehmer zu helfen, ihm kreditweise Geld oder andere vertretbare Sachen, die ihm fehlen und deren er dringend bedarf, zu verschaffen. Dagegen bezweckt das p. i., den Kautionsempfänger vor einem ihm durch den Kautionsgeber drohenden Schaden sicherzustellen.

---

[15]) S. z. B. Reinhold S. 50 links oben; vergl. auch Pfaff S. 35 und Anm. 72.

[16]) Balthasar, de pecunia asseccurationis in locatione conductione praediorum soluta, Greifswald 1739; zit. bei Gesterding S. 15 Anm. 11 bis 14. Vergl. dazu außer Gesterding die Ausführungen von Hanausek S. 166 u. Klinkmüller S. 19.

[17]) Seite 38 und Anm. 78; als Darlehn scheint auch der O.G.H. Wien in Gruch. Beitr. 10 S. 463 ff. das p. i. aufzufassen.

[18]) Band III, Anm. 7 zu § 1205.

[19]) In Gerichtshalle Bd. 42 S. 49 ff.

[20]) Vergl. Exner, S. 185 u. Klinkmüller S. 19.

Dieser erhebliche Unterschied des Zwecks fordert eine verschiedenartige rechtliche Behandlung. Das beachtet Reinhold bei seinen Ausführungen nicht. Er rechnet das p.i. zwar zu den Sicherungsmitteln und weist darauf hin, daß es mit dem Pfand und der Bürgschaft zu einer und derselben Gruppe von Rechtsinstituten gehört, behandelt aber trotzdem das p.i. als Darlehn[21]). Auch er hat sich offenbar durch die äußere Aehnlichkeit des p.i. mit dem Darlehn irreführen lassen. Völlig abwegig ist seine Behauptung, daß die Parteien mit der Vereinbarung der Rückgabe in gleicher Art, Güte und Menge ein Darlehnsverhältnis hätten entstehen lassen wollen. In Wahrheit haben doch die Parteien nur die Sicherstellung vor Augen; an eine Kreditgewährung denkt keiner der Kontrahenten[22]).

Die Gleichstellung des p.i. mit dem Darlehn ist mit der herrschenden Lehre[23]) zu verwerfen.

Ebenso ist auch die Auffassung abzulehnen, die im p.i. ein depositum irregulare erblickt[24]). Sofern man das depositum irregulare für ein Darlehn hält[25]), ist diese Ablehnung nach vorstehenden Ausführungen selbstverständlich. Aber auch wenn man der herrschenden Ansicht[26]) folgt und Darlehn und depos. irreg. als verschiedene und selbständige Vertragstypen anerkennt, wird man im wesentlichen aus denselben Gründen wie beim Darlehn zur Ablehnung kommen. Auch gegenüber dem depos. irreg. entscheidet der verschiedene Zweck: Sicherstellung im einen und Aufbewahrung im anderen Falle[27]).

Zudem würden auch die rechtlichen Konsequenzen aus einer solchen Auffassung dem Willen der Parteien nicht entsprechen. So

[21]) Vergl. Reinhold, S. 62 f.

[22]) Vergl. Nichterlein S. 42.

[23]) Z. B. Pfaff S. 38 und Anm. 83; Urteil der Jur. Fakultät zu Würzburg, abgedr. in Gruch. Beitr. Bd. 10 S. 465 Anm.; Crome Bd. II. S. 594 Anm. 5; Dernburg Bürg. Recht Bd. II S. 241; Nichterlein S. 14; Schaefer S. 8 und andere mehr.

[24]) Z. B.: O.A.G. Dresden in Seuff. Arch. Bd. 4 S. 379 ff; ferner das Bürgerl. Ges.-Buch f. d. Königr. Sachsen §§ 1279, 1277. — Diese vor allem in der gemeinrechtlichen Praxis oft vertretene Ansicht (vergl. Pfaff, Anm. 82), erklärt sich wohl daraus, daß man z. B. bei der Barkaution von „Geld-Hinterlegen", „Geld-Deponieren" spricht. Dieser Sprachgebrauch ist dem röm. R. entlehnt, das den Ausdruck „deponere" auch dann anwandte, wenn es sich nicht im engsten Sinne um eine Verwahrung handelte. (vergl. l. 1 § 7 D. 46,5). Für das heutige Recht vergl. B.G.B. §§ 232, 233, 235; Z.P.O. § 108; Str. P.O. § 118.

[25]) Wie beispielsweise Windscheid II S. 647 Anm. 3.

[26]) Vergl. statt aller Enneccerus I,2 § 391,2.

[27]) Vergl. Pfaff S. 43; Dernburg, Pfandrecht I S. 429 Anm. 2; Haas, S. 10; Schaefer S. 10

[28]) Ueber weitere Unterschiede im gemeinen Recht siehe Haas S. 11 unten und Dernburg, Pfandrecht I. S. 429 Anm. 2.

würde z. B. das jederzeitige Rückforderungsrecht des Hinterlegers aus § 695 B.G.B. dem Sinn des p. i. vollkommen entgegenstehen, denn hier geht die Absicht der Parteien offenbar dahin, daß die zum p. i. hingegebenen Sachen bis zur Lösung des sichergestellten Rechtsverhältnisses nicht zurückgefordert werden können[28]).

Alle eingehenden Untersuchungen über das p. i. lehnen denn auch die Gleichstellung mit dem depositum irregulare bezw. mit dem Darlehn ab[29]). Soweit man die pfandrechtliche Natur des Rechtsinstitutes leugnet, versucht man auf andere Art das Problem mit den Mitteln des Obligationenrechts zu lösen.

So erklärt Hanausek den Kautionsvertrag als ein pactum de compensando[30]). Dagegen ist zunächst der Vorwurf zu erheben, daß seine Anschauung einseitig nur auf die Auflösung des Rechtsverhältnisses, nämlich auf die Abrechnung aufgebaut ist. Von dem möglichen Charakter der Auflösung schließt er auf das Rechtsverhältnis in seiner Totalität[31]). Dabei übersieht er den auf Sicherstellung gerichteten Parteiwillen oder zieht zum mindesten nicht die dadurch bedingten rechtlichen Konsequenzen. Diese liegen vor allem darin, daß bei Abtretung der gesicherten Forderung die Kaution grundsätzlich auch dem neuen Gläubiger für die Erfüllung der Forderung haftet. Mit der Annahme, das p. i. sei ein Kompensationsvertrag, muß Hanausek aber auf solche Folgen verzichten[32]). Ferner stößt seine Theorie dann auf Schwierigkeiten, wenn der Kautionsbesteller sein Recht auf Rückforderung der Kaution abtritt und dies dem Kautionsempfänger mitteilt. In diesem Fall könnte der Kautionsempfänger dem Dritten gegenüber von seinem Aufrechnungsrecht nach § 406 B.G.B. keinen Gebrauch machen, wenn er die Gegenforderung erst nach Kenntnis der Abtretung erworben hätte. Dieses Ergebnis entspricht offenbar nicht dem Parteiwillen bei Begründung eines irregulären Pfandrechts. Die Kaution soll unabhängig von allen Verfügungen, die der Kautionsbesteller über sein Rückforderungsrecht trifft, dem Kautionsempfänger Sicherheit bieten[33]).

---

[29]) Z. B. Urteil der Jur. Fakultät Würzburg in Gruch. Beitr. Bd. 10 S. 465 Anm.; ferner Pfaff S. 43; Hanausek S. 166 u. a.

[30]) S. 172. — Zwar schränkt Hanausek seine Behauptung durch den Nebensatz ein: „sofern er die künftige Abrechnung betrifft", allein man sucht in seinen Ausführungen vergebens nach einer Erklärung, was denn der Kautionsvertrag im übrigen ist.

[31]) Vergl. Demelius S. 227; Klinkmüller S. 17; Schaefer S. 15.

[32]) Vergl. Strohal in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7, S. 411.

[33]) Vergl. Klinkmüller, S. 41 u. Schaefer S. 15 u. Anm. 2 daselbst.

Wenn nicht Geld, sondern andere vertretbare Sachen den Gegenstand der Kaution bilden, so kommt man bei der Annahme der Lehre Hanauseks mit dem Erfordernis der Gleichartigkeit der aufzurechnenden Forderungen in Konflikt[34]). Allerdings läßt sich diese Schwierigkeit leicht beheben. Da es sich nicht um einseitige Aufrechnung, sondern um einen Aufrechnungsvertrag handelt, kann man den Vertrag dahin auslegen, daß die Parteien auf das Erfordernis der Gleichartigkeit verzichtet haben[35]).

Einen weiteren Fall, bei dem die Theorie des Kompensationsvertrages versagt, führt Pfaff[36]) an, Wenn nämlich der Kautionsgeber sein Rückforderungsrecht einem Dritten verpfändet unter Anzeige an den Kautionsempfänger, so geht das Pfandrecht dieses Dritten dem Aufrechnungsrecht des Kautionsempfängers vor. Eine Folge, die dem Sicherungscharakter des p. i. wenig entspricht. Hanausek leugnet allerdings, daß seine Konstruktion zu diesem Ergebnis führe. Er weist darauf hin, daß der Dritte nur ein Pfandrecht an einer mit dem Kompensationsrecht des Kautionsempfängers belasteten Forderung erwerbe. Dieses Kompensationsrecht gehe allen anderen Rechten schlechthin vor[37]). Hanausek stattet also das doch in Wirklichkeit nur relative Kompensationsrecht[38]) mit absoluter, dinglicher Wirkung aus. Da diese Voraussetzung falsch ist, dürfte sein Versuch, den Vorwurf Pfaffs zu entkräften, mißlungen sein.

Die Lösung Hanauseks ist — wie aus vorstehenden Ausführungen erhellt — durchaus nicht befriedigend[39]).

Wenn die bisher erörterten Theorien den Sicherungscharakter des p. i. nicht genügend berücksichtigen, so kann man denjenigen, die im irregulären Pfandrecht eine Art Sicherungsübereignung erblicken[40]), diesen Vorwurf nicht machen.

Bei der Sicherungsübereignung wird dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung das Eigentum an einer Sache seines Schuld-

---

[34]) Gegen diesen Einwand nimmt schon Hanausek selbst Stellung auf Seite 173.

[35]) Vergl. Enneccerus I, 2 § 292.

[36]) Pfaff S. 49 u. Anm. 102; ferner S. 54 Anm. 110.

[37]) Hanausek S. 176 ff.

[38]) A. M. Weigelin, der im Recht zur Aufrechnung ein Pfandrecht an der eigenen Schuld erblickt. (S. 38.) Grundsätzlich zustimmend Krückmann, Z.Z.P. 34, S. 355 ff.; gegen Weigelin in eingehender Untersuchung Hirsch S. 423 f. und Oertmann im Arch. Ziv. Pr. Bd. 113 S. 376 ff.

[39]) Geg. Hanausek außer Pfaff S. 49 vor allem Strohal in Grünh. Zeitschr. 7. S. 410 ff.; Demelius S. 227

[40]) So Leist S. 95 f.; Caspari S. 5; wie Leist wohl auch Goldschmidt, Handelsrecht I, 2 S. 912 Anm. 29.

ners übertragen und zugleich der Gläubiger obligatorisch verpflichtet, mit der Tilgung der Schuld das Eigentum zurückzuübertragen[41]).

Aus dieser Definition erhellt, daß ein Vergleich des p. i. mit der Sicherungsübereignung außerordentlich nahliegend ist. Auch beim p. i. wird der Sicherungszweck durch Uebereignung erreicht, auch hier wird zugleich eine Rückgabeverpflichtung geschaffen, wenngleich diese nicht wie bei der Sicherungsübereignung auf Rückgabe der übereigneten Sachen selbst, sondern nur auf Restitution in gleicher Art, Güte und Menge geht. Beiden Rechtsgeschäften ist gemeinsam, daß mehr Rechtsmacht verschafft wird, als zur Erreichung des erstrebten Zwecks erforderlich ist[42]).

Rein äußerlich unterscheidet sich demnach das p. i. von der Sicherungsübereignung nur durch die Modalität der Rückgabepflicht. Man könnte daher das p. i. als eine irreguläre[43]) Sicherungsübereignung bezeichnen[44]). Hiergegen sprechen jedoch erhebliche Gründe.

Zunächst einmal ist die Sicherungsübereignung ein äußerst umstrittenes Institut. Manche erblicken darin eine Gesetzesumgehung und wollen sie daher für das heutige Recht nicht mehr gelten lassen[45]). Soweit man sie zuläßt, ist man sich über die Rechtsnatur durchaus nicht einig. Die einen erklären die Sicherungsübereignung für eine Abart des Pfandrechts[46]), die anderen fassen sie als ein Rechtsgeschäft auf, das aus mehreren Teilen besteht, nämlich aus einem positiv-dinglichen (Uebereignung) und einem negatorisch-obligatorischen Vertrag (Sicherungsvertrag, Verpflichtung zur Rückübereignung)[47]).

Lassen schon diese Unklarheiten eine Behandlung des p. i. als Sicherungsübereignung wenig geraten erscheinen, so kommen noch andere Gesichtspunkte hinzu, die einer Identifizierung der beiden Institute entgegenstehen.

Vor allem ist der fiduziarische Charakter der Sicherungsübereignung beim p. i., wenn man ihn überhaupt noch als vorhanden

[41]) Vergl. Geisler, S. 3 u. 5; hier interessiert nur die sog. fiduziarische Uebereignung, die bedingte Si.-übereignung kommt f. e. Vergleich mit dem p. i. nicht infrage.

[42]) Vergl. Oertmann, Leipz. Zeitschr. 1918, S. 481.

[43]) Der Ausdruck „irregulär" paßt hier nicht im technischen Sinne (d. h. i. d. Sinne, wie er bei den Begriffen „depos. irreg." und „irreg. Nießbrauch" gebraucht wird), sondern nur in seiner allgemeinen Bedeutung der Abweichung vom Regelmäßigen schlechthin.

[44]) Vergl. Schaefer S. 24 f.

[45]) Die Rechtsprechung läßt die fiduziarische Uebereignung zu. Vergl. R.G.Z. Bd. 59, 146; J.W. 11, 181.

[46]) Z. B. v. Tuhr, II, 2 S. 192.

[47]) So Goltz, S. 12 ff. (vergl. Geisler S. 3).

bezeichnen will[48]), zum mindesten nur in äußerst abgeschwächter Form gegeben. Das Wesen der fiduziarischen Uebereignung besteht darin, daß die Parteien den Rechtserfolg herbeiführen wollen, auf den die äußere Erscheinung hinweist, aber „in der Voraussetzung, daß derjenige, dem dadurch eine gewisse rechtliche Macht geschaffen wird, seine Stellung nur zu einem bestimmten, nicht zu allen dadurch ermöglichten Zwecken ausnützen werde"[49]). Das Charakteristikum ist also die obligatorische Beschränkung des Eigentumsrechts. Von einer solchen Beschränkung kann aber beim p. i. keine Rede sein. Hier liegt es ja gerade im Wesen des Geschäfts, daß der Kautionsempfänger über die sicherungshalber übereigneten Sachen nach Belieben verfügen darf, er darf sie veräußern, verbrauchen, vernichten, ganz wie es ihm gefällt. Man könnte nur insofern von einer abgeschwächten fiduziarischen Wirkung sprechen, als eine Verpflichtung zur Rückübereignung gleicher Sachen besteht. Hält man sich jedoch streng an die vorstehende Definition, so wird man für das p. i. zur gänzlichen Ablehnung des fiduziarischen Charakters kommen.

Soweit wir bisher die Sicherungsübereignung beschrieben haben, entspricht sie der altrömischen „fiducia"[50]). Das ist aber nicht mehr der typische Fall der Gegenwart. Heute kommt regelmäßig hinzu, daß eine wirkliche Uebergabe der Sachen nicht erfolgt, sondern durch Besitzkonstitut ersetzt wird. Andernfalls könnten die Parteien die normale Verpfändung wählen. Mangels einer Mobiliarhypothek (Registerpfand) ist man auf den Ausweg der Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut verfallen.

Im Gegensatz dazu ist der Charakter des p. i. dem Besitzkonstitut durchaus feindlich. Wenn es auch denkbar ist, so wird es doch praktisch kaum vorkommen, daß z. B. die Barkaution in den Händen des Kautionsbestellers verbleibt. Damit wäre dem Kontrahenten schlecht gedient. Seine Sicherung wäre illusorisch, er wäre auch weiterhin allein auf den guten Willen des anderen angewiesen.

Hierin liegt also eine weitere Irregularität des p. i. gegenüber der heutigen normalen Sicherungsübereignung. Da nun gerade das Besitzkonstitut bei der Sicherungsübereignung der Stein des Anstoßes ist, weil dadurch das Faustpfand- und Publizitätsprinzip des B.G.B. durchbrochen wird, andererseits das Besitzkonstitut beim p. i. praktisch überhaupt nicht vorkommt, so wird man auch deswegen mit gutem Grund eine Identifizierung der beiden Institute vermei-

---

[48]) Oertmann, Leipz. Zeitschr. 1918 S. 482 rechnet das p. i. zu den fiduziarischen Geschäften im weiteren Sinne des Wortes. Vergl. auch Leist, S. 95.

[49]) So Regelsberger im Arch. Ziv. Prax. Bd. 63 S. 172 und ihm folgend Geisler, S. 3.

[50]) Vergl. Bremer S. 3 ff.; insbes. S. 5.

den[51]). Man muß allerdings zugeben, daß zwischen beiden Rechtsgeschäften eine beachtliche Aehnlichkeit besteht[52]).

Mehr als ein bloßes Sicherungsgeschäft sieht Demelius im irregulären Pfandrecht. Er faßt es als ein Deckungsgeschäft auf, als ein Geschäft, das dem Gläubiger antizipativ Befriedigung gibt, „sodaß der Gläubiger an der obligationsmäßigen Leistung des Schuldners kein weiteres Interesse hat". Er führt weiter aus, daß „derartige Rechtsgeschäfte dem Verpfändungsvertrage gegenüber noch eine Steigerung an Sicherung bedeuten, indem durch die antizipierte Befriedigung die Gefahren vermieden werden, welche dem Pfande, bezw. dessen Deckungsvermögen in der Zeit zwischen Verpfändung und Fälligkeit der Forderung drohen" (Seite 229 mitte). Er sucht dann durch ein Beispiel zu erweisen, „daß das p. i. nur eine Spezies der höheren Gattung des vom Pfandrecht prinzipiell verschiedenen Deckungsgeschäfts ist". (Seite 232).

Der Fehler seiner Konstruktion liegt m. E. darin, daß er Sicherung und Erfüllung nicht genügend auseinanderhält. Wenn, um auf sein Beispiel einzugehen[53]), jemand seinem Schneider 200 Gulden zahlt, und dieser nun durch Lieferung von Anzügen den Betrag abarbeiten soll, so liegt darin zweifellos eine antizipierte Erfüllung. Anders aber beim p. i.. In diesem Falle denkt keine der Parteien daran, den sicherungshalber übergebenen Betrag als Erfüllung anzusehen[54]), und es ist falsch, wenn Demelius (Seite 229) behauptet, daß der „Gläubiger an der obligationsmäßigen Leistung des Schuldners kein weiteres Interesse habe". Das p. i. wird doch mit zu dem Zweck verlangt, um einen Druck auf den Schuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtungen auszuüben. Nur subsidiär, wenn die an und für sich gewünschte Leistung des Schuldners unterbleibt, soll die Kaution dem Gläubiger zur Entschädigung dienen[55]).

Einen triftigen und schwerwiegenden Grund gegen die Lehre Demelius' führt Haas (Seite 21 oben) an, indem er darauf hinweist, daß bei Annahme einer Antizipativdeckung die Kautionssumme um die jeweils entstehenden Forderungen vermindert und so bei langdauernden Obligationsverhältnissen kleiner und kleiner wird und infolgedessen dem Gläubiger keine Deckung mehr bietet. In der Tat zwingt die Ansicht von Demelius zu dieser Konsequenz. Wenn z. B. bei einem Pachtverhältnis der Verpächter die Zahlung ausste-

[51]) gegen die Auffassung des p. i. als eine fiducia schon Pfaff, S. 36, Anm. 74 und Hanausek, S. 170, Anm. 17.

[52]) Als verwandte Gebilde werden sie von Cosack, II S. 299 v. Tuhr, II, 2 S. 190, Schreiber, S. 56/58 aufgefaßt.

[53]) Demelius, S. 232.

[54]) Gegen Demelius auch Oertmann, Leipz. Zeitschr. 1918 S. 479 unten.

[55]) Vergl. auch Haas Seite 20.

hender Pachtzinsraten verlangen würde, so könnte der Pächter auf die in der Kaution enthaltene antizipative Befriedigung verweisen. Das entspricht aber nicht der Parteiabsicht bei der Eingehung eines irregulären Pfandrechtsverhältnisses. Sie wollen offenbar, daß die Kaution bis zur Auflösung des gesicherten Rechtsverhältnisses unberührt in ihrer anfänglichen Höhe bestehen bleibt. Der Gläubiger besteht während der Dauer des Pachtverhältnisses auf Erfüllung, und erst nach Auflösung desselben kann der Schuldner ihn auf die Kaution verweisen.

Die von Demelius angeführten Gründe[56]), die für seine Lehre und gegen die Annahme eines Pfandrechts sprechen sollen, sind nicht überzeugend. Bereits Nichterlein hat nachgewiesen[57]), daß sie nicht für das irreguläre Pfandrecht allgemein, sondern nur für die Barkaution zutreffen und sich hier aus der Eigenart des verpfändeten Objekts, nämlich des Geldes, erklären. Auch bei der echten Verpfändung von Geld würden die Erscheinungen auftreten, aus denen Demelius seine Gründe ableitet.

Wenn allerdings Nichterlein (Seite 40) meint, daß man von einer antizipativen Befriedigung aus dem Grunde nicht sprechen könne, weil durch die Hingabe der Kaution eine Forderung gegen den Kautionsempfänger begründet werde, so kann ich ihm darin nicht folgen. Seinen Ausführungen ist entgegenzuhalten, daß nach der Konstruktion von Demelius ein Rückforderungsrecht des Kautionsgebers von vornherein gar nicht besteht, selbst nicht als betagtes Recht. Erst wenn der Schuldner alle seine Verpflichtungen erfüllt hat, wird die Deckung frei und entsteht das Rückforderungsrecht. Demelius formuliert das kurz folgendermaßen: „Während das Pfand eintritt, wenn eine Leistung nicht erfolgt, wird die Dekkung nur dann ausgelöst, wenn die Leistung eintritt."[58]).

Im übrigen aber komme ich mit Nichterlein und anderen[59]) zur Ablehnung der von Demelius aufgestellten Theorie.

B. Die pfandrechtlichen Theorien.

Der Name (pignus irregulare) deutet darauf hin, daß man das p. i. zunächst als eine Abart des regulären Sachpfandrechts aufgefaßt hat. So vertrat auch zu Anfang des vorigen Jahrhunderts Gesterding die Ansicht, daß das p. i. ein wahres Sachpfandrecht sei[60]). Indem er sich auf die Absicht des Kontrahenten beruft, erklärt er die in der Eigentumsübertragung liegende Abweichung vom normalen Pfandrecht damit, daß sie durch die Natur des verpfände-

[56]) Demelius Seite 233 ff.
[57]) Seite 41 f.; im Anschluß daran auch Schaefer S. 14.
[58]) Demelius Seite 229 Anm. 157.
[59]) Haas, Seite 20 f.; Klinkmüller Seite 22 f.; Schaefer, Seite 13 ff.
[60]) Gesterding Seite 11 ff.

ten Objekts begründet sei: „Die Eigenheiten, die bei Verpfändungen dieser Art vorkommen, sind bei diesen Objekten keine Eigenheiten, sondern bei ihnen so gewöhnlich, als sie bei anderen ungewöhnlich sind." (Seite 16). Wenn diese Sätze auch offensichtlich auf die Barkaution abzielen, so dehnt Gesterding an anderer Stelle (Seite 17) seine Theorie auf die Fälle aus, in denen andere vertretbare Sachen als Geld in Form eines p. i. hingegeben werden.

Seine Ausführungen richten sich vor allem gegen die Auffassungen, die im p. i. ein Darlehn erblicken[61]). Er gibt zu, daß durch die Eigentumsübertragung das Geschäft von einer gewöhnlichen Verpfändung abweicht und sich dem Darlehn nähert, fügt aber sofort einschränkend hinzu: „Allein wiewohl es in diesen Stücken mit dem Darlehen übereinkommt, bleibt es deshalb doch, was es ist und nach der Absicht der Kontrahenten sein soll, nämlich Verpfändung." (Seite 16). Gesterding erklärt also das p. i. als ein wahres Sachpfandrecht.

Diese Annahme verstößt jedoch zu sehr gegen die herrschende Auffassung von der Natur des Sachpfandrechts. Zwar ist nach römischem Recht bis zur Zeit Justinians mittels der fiducia Sicherheit durch Eigentumsübertragung geleistet worden, aber die fiducia ist kein eigentliches Pfandrecht, vielmehr nur ein Surrogat[62]). Es ist fast allgemein anerkannt, daß man vom Pfandrecht erst eigentlich dann sprechen kann, wenn eine Realsicherung ohne Uebereignung erfolgt. Das zeigt auch die heute übliche Definition des Pfandrechts als eines Rechts, „sich durch Verwertung einer fremden Sache Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen"[63]).

Beim p. i. ist aber der Gegenstand, der die Realsicherheit bietet, keine fremde Sache, sondern eine eigene. Darin liegt eine so erhebliche Abweichung vom Normalen, daß man von einem wahren Sachpfandrecht nicht mehr sprechen kann[64]).

Man könnte dagegen einwenden, daß dem heutigen Recht ein Pfandrecht an eigener Sache auch sonst nicht unbekannt sei. Es ist zuzugeben, daß beim Liegenschaftspfand ein solch abnormes Pfandrecht in weitem Maße zugelassen ist. Im Fahrnispfandrecht jedoch hat es sich — abgesehen von dem Ausnahmefall des § 1256 Abs. II B.G.B. — nicht durchgesetzt. Im Falle des § 1256 Abs. II handelt es sich nicht — wie es doch beim p. i. der Fall sein müßte —

---

[61]) Vergl. Seite 4 dieser Arbeit.

[62]) So Pfaff, Seite 36, Anm. 74 im Anschluß an Bremer, S. 5. Vergl. auch Kübler, S. 44 f.

[63]) Vergl. Enneccerus-Wolff § 129 I.

[64]) Vergl. auch Exner (S. 183), der die Ansicht Gesterdings für „unjuristisch" erklärt, „wenn dabei die Vorstellung obwaltet, als ob die erlegten Gelder oder Effekten in specie zu Pfand gesetzt, mithin unmittelbar zugleich ins Eigentum und ins Pfandrecht des Kautionsempfängers gebracht würden.".

um ein an eigener Sache begründetes Pfandrecht, sondern erst nachträglich wird das ursprüngliche Pfandrecht an fremder Sache durch Konfusion zu einem solchen an eigener Sache; aber auch das nur in dem sehr seltenen Fall, daß der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat. Abgesehen davon, daß der Fall des § 1256 von dem des p. i. erheblich verschieden ist, hat dieser Paragraph einen solch offensichtlichen Ausnahmecharakter, daß er als Beweis für eine allgemeine Zulässigkeit des Pfandrechts an eigener Sache nicht herangezogen werden kann[65]). Mit der Ablehnung eines solchen Pfandrechts aber fällt die Ansicht Gesterdings. Das p. i. kann nach vorstehenden Ausführungen nicht als eine Abart des echten Sachpfandrechts aufgefaßt werden[66]).

Auf anderem Wege kommt Exner zur Annahme eines wahren Sachpfandrechts[67]). Er sieht in der Bestellung einer Barkaution Kreditvertrag und Verpfändungsvertrag zugleich. Es entsteht nach seiner Ansicht gleichzeitig eine sofort wirksame, aber betagte Obligation zugunsten des Bestellers und ein pendentes Pfandrecht an den res debitae zugunsten des Empfängers. Dieses Pfandrecht befindet sich solange in der Schwebe, bis der Kautionsempfänger die Individualisierung der res debitae vornimmt. Das geschieht zur Zeit der Fälligkeit der Kaution. Die Ausübung des Pfandrechts erfolgt in der Weise, daß der Kautionsempfänger die res debitae dem Verpfänder und Gläubiger solutionis nomine zur Verfügung stellt, freilich um sie sofort pignoris nomine wieder einzuziehen.

Der Vorwurf, den Windscheid[68]) der Exnerschen Konstruktion gemacht hat — daß sie zu einem dinglichen Recht an einer generisch bestimmten Sache führe —, ist bereits von Hanausek[69]) und später von Klinkmüller[70]) zurückgewiesen worden. Exner läßt ja das eigentliche Faustpfandrecht erst im Moment der Auswahl der zu restituierenden Sachen entstehen. Auf

---

[65]) Hierzu Biermann, Bem. 2f. zu § 1204; Staudinger, Anm. 1 zu § 1256; Planck III, Seite 809.

[66]) Als eine Abart des Sachpfandrechts faßt auch Dernburg (Pfandr. I § 55 Anm. 2; Pand. I § 272; Preuß. Privatrecht, Sachenrecht, § 356 No. 4; Bürg. Recht Bd. III § 277) das p. i. auf. Aehnlich wohl auch Crome, III § 508 und Kretschmar, S. 113. — Auch Windscheid, Pand. I § 226 a Anm. 2 scheint diese Auffassung zu teilen. (Allerdings wird Windscheid von Leist (S. 97) und Hanausek (S. 169 Anm. 17) in anderem Sinne ausgelegt!) Ebenfalls läßt sich R.G.Z. Bd .12, S. 222 ff., insbes. S. 225 für diese Auffassung anführen.

[67]) Vergl. zum folgenden Exner, S. 185/86.

[68]) Pand. I § 226 a Anm. II. Aehnlich auch Demelius S. 226.

[69]) Seite 168.

[70]) Seite 25.

Seite 182 sagt er ausdrücklich: „Es entsteht ein eventuelles Pfandrecht an dem zükünftigen[71]) Leistungsobjekt." Anlaß zu Windscheids Kritik hat wohl folgender Satz (Seite 184) gegeben: „In der Tat wollen die Kontrahenten allerdings ein Pfandverhältnis an den erlegten Effekten, aber nicht in specie, sondern in genere." Exner sagt aber damit nicht, daß wirklich ein solches Pfandrecht in genere entstehe, sondern stellt es nur als den Willen der Parteien dar.

Ueberzeugend sind dagegen die Gründe, die Hanausek gegen die Konstruktion Exners anführt[72]).

Er weist darauf hin, daß praktisch wohl so gut wie nie die Individualisierung der res debitae erfolgt. Wenn dem Kautionsempfänger Forderungen der gesicherten Art erwachsen sind, für die er sich aus der Kaution befriedigen kann, so wird er nicht erst die res debitae aus dem genus aussondern, um sie dann doch zu behalten. Das hat Exner selbst eingesehen; er läßt denn auch eine Erklärung an den Kautionsbesteller genügen, des Inhalts, daß ein Ersatzanspruch im Betrage von so und soviel vorliege und von der Kaution ein entsprechender Teil verfallen sei. Damit aber verzichtet er letzten Endes auf das Sachpfandrecht, auf dessen Annahme er vorher seine ganze Konstruktion gestützt hat; denn das pendente Pfandrecht wird nie zu einem wirklichen Pfandrecht, weil die Aussonderung der res debitae aus dem genus in Wahrheit nicht vorgenommen wird. Die Konstruktion Exners stützt sich demnach auf eine durchaus unzulässige Fiktion[73]).

Will aber Exner durch diese Art Verbaloblation des Kautionsnehmers, die uno actu mit der Abrechnung erfolgt, wirklich ein Pfandrecht entstehen lassen[74]) (was seinen vorerwähnten Ausführungen widerspricht), dann würde er mit einem Pfandrecht an einer generisch bestimmten Sache operieren. In diesem Falle bestände der Vorwurf Windscheids zu Recht: ein solches Pfandrecht ist unmöglich. Der Versuch Exners, das p. i. als ein echtes Sachpfandrecht zu erklären, dürfte nicht gelungen sein[75]).

---

[71]) Exners Ansicht führt zur Annahme eines Pfandrechts an einer zukünftigen Sache. Nach heutigem Recht ist ein solches Pfandrecht nicht möglich (vergl. Biermann, Bem. 2c zu § 1204). Die bloße Vereinbarung, daß demnächst ein Pfandrecht entstehen solle, kann nicht die von Exner auf Seite 187 gewollten Wirkungen haben!

[72]) Hanausek, S. 168.

[73]) Vergl. Haas, S. 19f.; Klinkmüller, S. 25; Schaefer S. 19f.

[74]) Siehe die Kritik von Leist, S. 96 oben.

[75]) Gegen Exner auch Pfaff in Grünh. Zeitschr. Bd. I. S. 76f. (Seite 78 unten!) Nichterlein versucht, aus der Exnerschen Lehre die Richtigkeit der Annahme eines Forderungspfandrechts zu beweisen (S. 38).

Schließlich hat noch Haas es unternommen, das Problem des p. i. in Anlehnung an das echte Sachpfandrecht zu lösen. Er konstruiert einen gemeinsamen Oberbegriff, unter den das echte Sachpfand und das irreguläre Pfand als selbständige, nebengeordnete Gebilde zu bringen sind. Zwar muß er zugeben, daß ein solcher Oberbegriff „sich nicht rein mit den Mitteln juristischer Technik" schaffen läßt, und er findet ihn denn auch im wesentlichen in rein wirtschaftlichen Momenten. Danach ist es der Zweck des Pfandrechts, „dem Gläubiger ein Rechtsgut mit Vermögenswert in die Hand zu geben zur Sicherung seiner Forderung. Aus diesem Rechtsgut kann er, wenn der Schuldner nicht erfüllt, den Geldwert herausetzen und sich aus diesem selbständig befriedigen"[76]).

Wenn Haas nun (Seite 30) behauptet, daß „in diesem Pfandrechtsbegriff die Barkaution ganz ungezwungen ihren Platz finde", so kann man ihm darin zustimmen; abzulehnen ist jedoch der von ihm konstruierte Pfandrechtsbegriff selbst. Wirtschaftlich gesehen trifft dieser zwar das Richtige. Vom juristischen Standpunkt aus ist er jedoch unhaltbar. So würde der von Haas konstruierte Oberbegriff vor allem ein Pfandrecht an eigener Sache generell zulassen. Das widerspricht aber, wie bereits weiter oben (Seite 12 f.) dargelegt wurde, der herrschenden Auffassung von der Natur des Pfandrechts[77]). Als weiteres Argument gegen diesen ausgedehnten Pfandrechtsbegriff führt Schaefer[78]) an, daß darunter die Sicherungsübereignung zum mindesten ebenso gut wie die Barkaution paßt, ja, daß hierbei das Sicherungsobjekt im Sinne von Haas in noch erheblicherem Maße für den Gläubiger eine fremde Sache sei als beim p. i.; denn bei der Sicherungsübereignung besteht eine Verpflichtung zur Rückübereignung derselben Sachen. Diese gehen also, anders als beim p. i., nicht endgültig in das Vermögen des Gesicherten über. Nun wird allerdings, wie bereits auf Seite 8 erwähnt, die Sicherungsübereignung von einigen tatsächlich als eine Abart des Pfandrechts aufgefaßt, herrschende Ansicht[79]) ist das jedoch nicht.

Rein terminologisch kann man natürlich Sicherungsübereignung und irreguläres Pfandrecht als uneigentliche Pfandrechtsformen bezeichnen[80]), dogmatisch besteht jedoch ein beachtlicher Unterschied gegenüber dem eigentlichen Sachpfandrecht.

---

[76]) Vergl. Haas, S. 29.

[77]) Für das röm. R. vergl. das Urteil d. jur. Fak. Würzburg in Gruch. Beitr. Bd. 10, S. 466: „Das Röm. R. hat den Begriff des pignus nicht soweit ausgedehnt, daß es das p. i. bloß als Irregularität ansähe."

[78]) Schaefer S. 17.

[79]) Vergl. Geisler S. 3.

[80]) so Cosack Bd. II S. 299 (vergl. Schaefer Anm. 2 auf S. 18).

Einen für die Dogmatik passenden Oberbegriff hat also Haas in Wirklichkeit nicht gefunden. Wenn er daher neben Sachpfand und Rechtspfand als weiteres echtes Pfandrecht das p. i. stellt, so ist das dogmatisch falsch. Allenfalls lassen sich seine Ausführungen für eine Analogie zwischen Sachpfand und p. i. verwerten, eine Möglichkeit, die später von Klinkmüller und Schaefer ausgenutzt worden ist[81]). Haas selbst aber liegt der Gedanke an eine Analogie fern, nach seiner Auffassung ist das p. i. „dem Faustpfand als eine zweite Form des Sachpfandes zu koordinieren und hat neben ihm ein selbständiges Dasein".

Aehnlich wie Haas faßt wohl auch Oertmann[82]) das p. i. auf. Auch er „findet die Einheit des Pfandrechts nicht in der formalrechtlichen Gestaltung, sondern in der Eigenart des Zweckes" und stellt deshalb das irreguläre Pfandrecht in eine Reihe mit dem Faust- und Rechtspfandrecht. Er kommt zu dem Ergebnis, daß auf das p. i., obgleich es kein Recht an fremder Sache ist, „doch die Regeln des Pfandrechts grundsätzlich angewendet werden müssen, wenigstens insoweit, als sie nicht mit der Fremdheit des Pfandgegenstandes für den Gläubiger zusammenhängen". Im wesentlichen stimmt also seine Auffassung mit der von Haas überein; es haben daher die gegen Haas vorgebrachten Bedenken auch Oertmann gegenüber Geltung[83]).

Es wurde bereits kurz erwähnt, daß zunächst Klinkmüller[84]) und später Schaefer[85]) das p. i. analog dem echten Sachpfandrecht behandelt wissen wollen. Nachdem sie die nichtpfandrechtlichen Konstruktionsversuche abgelehnt und auch die Pfandrechtsnatur des p. i. geleugnet haben, kommen beide zu dem Ergebnis, daß eine Subsumption unter die vorhandenen Rechtsbegriffe nicht möglich, vielmehr das p. i. ein Rechtsgeschäft eigener Art ist, das wirtschaftlich dem Pfandrecht sehr nahekommt, und auf das sie aus diesem Grunde die Vorschriften des Sachpfandrechts analog anwenden[86]). Zu dieser ultima ratio müssen sie grei-

---

[81]) Vergl. d. Ausf. auf Seite 297.

[82]) In Leipziger Zeitschr. 1918, S. 479 ff.

[83]) Auch der R.G.R.K. III Anm. 7 zu § 1205 sieht im p. i. ein echtes Sachpfandrecht, nämlich ein Pfandrecht mit wechselndem Pfandgegenstand (allerdings nur für den Fall, daß die verbrauchten Gegenstände stets sofort durch andere zu ersetzen sind).

[84]) Vergl. Seite 34.

[85]) Vergl. Seite 16 f., insbes. S. 29.

[86]) Eine analoge Anwendung der Faustpfandregeln will auch schon die Jur. Fak. Würzburg in Gruch. Beitr. Bd. 10, S. 466; ähnlich Staudinger, Anm. VI zu § 1204 (er macht aber auch dem Darlehn und der Antizipativdeckung Konzessionen). Wie Schaefer auch O.L.G., Bamberg in Seuff. Arch. 64, No. 48 S. 100.

fen, weil sie auch die noch zu erörternde Pfaffsche Konstruktion — anders als der Verfasser dieser Arbeit — als unnatürlich ablehnen.

Die Zulässigkeit einer solchen Analogie dürfte jedoch sehr zweifelhaft sein, denn durch die Eigentumsübertragung scheint mir das p. i. doch in mehr als nur „unwesentlichen Beziehungen“[87]) vom normalen Sachpfandrecht abzuweichen. Vor allem bleibt zu erwägen, ob in diesem Falle nicht gerade durch den Willen des Gesetzes eine Analogie ausgeschlossen werden sollte[88]), da es generell ein Pfandrecht an eigener Sache nicht anerkennt (vergl. Seite 12 f. dieser Arbeit).

Immerhin ist zuzugeben, daß die Auffassung Schaefers und Klinkmüllers zu einer sympathischen Lösung des Problems führen; nur glaube ich nicht, daß diese analoge Behandlung der letzte Ausweg ist. Praktisch dürfte übrigens eine Analogie mit dem Sachpfandrecht sich ähnlich auswirken wie die Pfaffsche Konstruktion.

Die erste gründliche Spezial-Untersuchung über die Rechtsnatur des irregulären Pfandrechts stammt von L. Pfaff[89]). Aufgebaut auf dem Boden des gemeinen Rechts, ist sie in ihren Grundideen auch für das heutige bürgerliche Recht durchaus verwendbar. Pfaff kommt zu dem Ergebnis, daß das p. i. ein echtes Forderungspfandrecht, genauer ein Pfandrecht an der eigenen Schuld enthalte. Seine Konstruktion stützt sich auf den erkennbaren Willen der Parteien, wonach der Kautionsnehmer Eigentum an den hingegebenen vertretbaren Sachen erhält und zugleich verpflichtet wird, nach Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses dem Kautionsbesteller Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben.

Die rechtliche Gestaltung des p. i. denkt Pfaff sich folgendermaßen: Durch die Eigentumsübertragung an den sicherungshalber übergebenen Sachen entsteht zwischen den Parteien ein darlehnsartiges Rechtsverhältnis, auf Grund dessen der Kautionsbesteller ein Recht auf Rückgabe von Sachen gleicher Art, Güte und Menge hat. An diesem Rückforderungsanspruch erhält nun der Kautionsempfänger ein Pfandrecht, dergestalt, daß er sich für die dem gesicherten Rechtsverhältnis entspringenden Ansprüche aus der Forderung des Kautionsbestellers befriedigen kann[90]). Das p. i. hat also eine Doppelnatur, es enthält ein darlehnsartiges Rechtsverhältnis

---

[87]) Vergl. Enneccerus I, 1 § 53 II, 3.
[88]) Vergl. Enneccerus a. a. O.
[89]) Geld als Mittel pfandrechtl. Sicherstellung, insbes. das sogen. pignus irregulare. Vergl. d. Literaturverzeichnis.
[90]) Vergl. Pfaff, S. 35 u. S. 41 f.

und ein echtes Forderungspfandrecht[91]). Diese Lehre Pfaffs ist im Laufe der Zeit viel angegriffen worden, m. E. zu Unrecht. Im folgenden soll nun diese Theorie vom Standpunkt des heutigen Rechts geprüft werden.

Pfaff ist vielfach der Vorwurf gemacht worden, seine Konstruktion sei wenig natürlich und entspreche dem Parteiwillen nicht[92]).

Bezüglich des ersten Vorwurfes muß man den Kritikern bis zu einem gewissen Grade recht geben. Es ist tatsächlich auf den ersten Blick befremdend, daß die Sicherstellung des Gläubigers nicht in der Uebereignung selbst liegen soll, sondern erst in der Verpfändung einer gewissermaßen künstlich geschaffenen Verpflichtung[93]), nämlich der Rückgabepflicht. Wenn man jedoch berücksichtigt, daß — wie Oertmann (Seite 482) es ausdrückt — „die unregelmäßige Verpfändung einen eigentümlichen Ueberschuß des angewendeten rechtlichen Mittels über den Geschäftszweck zeigt", so erkennt man, daß in der Uebereignung als solcher mehr als eine Sicherstellung enthalten ist, denn sie führt endgültig neue Werte in das Vermögen des Kautionsempfängers. Erst durch die Rückgabepflicht wird die zu weit gehende Wirkung der Uebereignung auf den Sicherungszweck reduziert. Diese ist also für die Sicherstellung ein ebenso wesentliches Moment wie die Uebereignung, Die Sicherstellung des Gläubigers wäre aber gefährdet, wenn der Rückgabeanspruch nicht ebenfalls eingeschränkt würde. Das geschieht nun durch das Pfandrecht. Bei eingehender Prüfung ergibt sich also, daß letzten Endes erst das Pfandrecht an der Rückgabeforderung dem Gläubiger die volle Sicherung gibt.

Schließlich aber würde der Vorwurf der Unnatürlichkeit für sich allein nicht zur Ablehnung der Konstruktion genügen, wenn diese nur zu einem brauchbaren Ergebnis führt[94]).

Was den weiteren Vorwurf betrifft, daß die Konstruktion dem Parteiwillen nicht entspreche, so hat schon Haas[95]) betont, daß darin kein Gegenbeweis liegt, denn es ist nicht erforderlich, daß die

[91]) Aehnlich erkennt auch Exner, S. 185, daß die Bestellung einer Kaution Kreditvertrag und Verpfändungsvertrag zugleich ist. — Ebenfalls spricht folgender Satz von Demelius (S. 228 ob.) für die Auffassung Pfaffs: „Es ist nicht zu verkennen, daß das p. i. weder aus dem Gesichtspunkt des dinglichen, noch auch des obligatorischen Rechts völlig erklärt werden kann.

[92]) So Windscheid I § 226a Anm. 2; ferner Hanausek S. 166; Staudinger Anm. VI zu § 1204; Gierke II § 170,3; Oertmann, Arch. ziv. Prax. 81, S. 90/91.

[93]) Vergl. Haas S. 19 und Klinkmüller S. 24.

[94]) Es dürfte übrigens nicht der einzige Fall sein, in dem für die juristische Erklärung eines einfachen tatsächlichen Vorgangs eine komplizierte Konstruktion erforderlich ist.

[95]) Seite 18.

Parteien sich bewußt sind, welche Rechtswirkungen im einzelnen ihre Handlungen auslösen[96]). Das Ergebnis der Pfaffschen Theorie entspricht jedenfalls dem Parteiwillen; denn daß die Parteien ein pfandrechtliches Verhältnis begründen wollen, kann wohl ernstlich nicht bestritten werden[97]). Daß sie gerade an ein Forderungspfandrecht gedacht haben, ist nicht erforderlich.

Soweit man die Pfandrechtsnatur des p. i. überhaupt leugnet[98]), beruht dies vor allem darauf, daß man als Gegenstand eines eventuellen Pfandrechts nur die zur Sicherung hingegebenen Sachen in Betracht zog[99]). Da nun diese Sachen in das Eigentum des Kautionsempfängers übergehen, und ein Pfandrecht an eigenen Sachen grundsätzlich abgelehnt wird, so folgerte man daraus, daß ein Pfandrecht überhaupt nicht vorliegen könne. Dieser Schluß beruht auf der falschen Voraussetzung, daß es nur ein wahres Pfandrecht gebe, nämlich das Sachpfandrecht. Außer diesem Sachpfandrecht gibt es jedoch noch das Rechtspfandrecht. Bei diesem ist nicht die dahinterstehende Sache Objekt des Pfandrechts, sondern das Recht selbst[100]).

Damit kommen wir auf ein Grundproblem des Pfandrechts, nämlich auf die Frage nach dem Gegenstand desselben. Hier stehen sich schon in der gemeinrechtlichen Wissenschaft zwei Ansichten polar gegenüber: die von Bremer[101]) vertretene, der sich Pfaff anschließt, Gegenstand sei immer ein Recht, nie die Sache, und die von Exner[102]) verteidigte, Gegenstand sei stets eine Sache, auch beim sogenannten Rechtspfandrecht. Ich halte beide Auffassungen für zu extrem und möchte mich der auch für das heutige Recht viel vertretenen Ansicht anschließen, daß beim Sachpfandrecht eine Sache, beim Rechtspfandrecht dagegen ein Recht Gegenstand des Pfandrechts ist[103]). Gegen die Auffassung, daß ein Recht Gegenstand eines Pfandrechts sein könne, hat man vor allem logische Bedenken geltend gemacht.

---

[96]) Häufig werden die Parteien sich nicht einmal dessen bewußt sein, daß ihre Handlungen überhaupt Rechtswirkungen im Gefolge haben. Trotzdem treten diese Rechtswirkungen ein.

[97]) Vergl. Pfaff, S. 12; ferner Jur. Fakultät in Gruch. Beitr. 10, S. 465: „Nach der Absicht der Kontrahenten soll die letzte Tendenz des Rechtsgeschäfts dieselbe wie beim Faustpfand sein." Vergl. auch Planck Anm. 2a zu § 1204.

[98]) So vor allem die im Abschn. II A ds. Arb. Erwähnten.

[99]) Vergl. Pfaff S. 12.

[100]) So auch Pfaff a. a. O.

[101]) Seite 39 f.

[102]) Seite 11 f.

[103]) Vergl. z. B. Planck, Anm. 1 zu § 1273, und S. 1146 f.; Staudinger, Vorbem. I zu § 1273 ff.

Ausgehend von dem Begriff „Recht" hat man behauptet, daß ein Recht an einem Recht nicht denkbar sei. Das Recht ist nach Windscheid[104]) eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft, nach Ihering[105]) ein rechtlich, d. h. durch Klage geschütztes Interesse. Dernburg[106]) faßt im Gegensatz zu den beiden Erstgenannten das Recht mehr objektiv auf, indem er es als den dem Einzelnen nach der Rechtsordnung zustehenden Anteil an den Lebensgütern definiert.

Wenn nun — um einen unter vielen herauszugreifen[107] — Beyer meint[108]), daß diese Definitionen im Rechte nicht den Stoff erkennen ließen, der seinerseits wieder Objekt eines anderen Rechts sein könnte, so sind die Gründe, die er für diese Behauptung anführt, wenig überzeugend. Warum soll z. B. unter Zugrundelegung der Definition Windscheids die Konstruktion der Willensmacht an einer Willensmacht logisch unhaltbar sein! Es ist doch wohl denkbar, daß eine Willensmacht durch einen übergeordneten Willen beschränkt wird, ohne daß sie damit aufhört, eine Willensmacht zu sein. Machtbeschränkung ist nicht gleichbedeutend mit völliger Aufhebung der Macht. Man kann sich durchaus vorstellen, daß eine Willensmacht zeitweilig stark außer Funktion gesetzt wird, ohne indessen ganz zu erlöschen[109]).

Sieht man mit Ihering im Recht ein rechtlich geschütztes Interesse, so bedarf es keiner weiteren Ausführung darüber, daß ein Recht als Objekt eines anderen Rechtes logisch möglich ist. Wenn man allerdings die Definition Dernburgs heranzieht, stößt man auf Schwierigkeiten, denn als Lebensgüter kommen offenbar nur konkrete Gegenstände infrage. Der Anteil an den Lebensgütern als solcher ist also kein Lebensgut und kann daher folgerichtig auch nicht Gegenstand des Anteils eines anderen sein.

Damit ist aber nicht bewiesen, daß Rechte an Rechten unmöglich sind; man könnte eher darin einen Beweis dafür erblicken, daß die Definition Dernburgs zu eng gefaßt ist. Ueberhaupt ist von den Gegnern der Theorie vom „Recht am Recht" vielfach der Fehler gemacht worden, daß sie unbedingt die Richtigkeit der erwähnten Definitionen voraussetzten. Es handelt sich doch in Wirklichkeit nur um Erklärungsversuche; der Begriff des Rechts ist zu vielfältig und zu kompliziert, als daß er sich mit ein paar Worten erschöpfend bestimmen ließe.

---

[104]) Windscheid I § 37 Anm. 3.
[105]) Geist des römischen Rechts III S. 328.
[106]) Pand. I § 39.
[107]) Vergl. z. B. Exner, S. 13 ff.; Vangerow, Pand. I, § 338; Oertmann, Arch. ziv. Prax. 81, S. 82; Thal, S. 33 ff.; Polzin S. 21 ff.
[108]) Beyer, S. 41.
[109]) Vergl. auch Linsenbarth S. 14 f.

Gegenüber den Gesetzen der Logik ist demnach die Konstruktion von Rechten an Rechten durchaus vertretbar[110]). Auch das B.G.B. erkennt in den §§ 876, 892, 1068 u. a. Rechte an Rechten an[111]). Es spricht sogar im neunten Abschnitt des dritten Buches vom Pfandrecht an Rechten und zählt hierzu auch das Forderungspfandrecht. Von den Gegnern der hier vertretenen Auffassung wird vor einem voreiligen Schlusse aus diesem Sprachgebrauch gewarnt, denn das Gesetz könne, in der Absicht, „eine verwickelte Rechtslage mit einem kurzen und umfassenden Ausdruck zu benennen", diese Bezeichnung gewählt haben[112]). Dagegen spricht nun die Einzelregelung, die das Pfandrecht an Rechten und speziell das Forderungspfandrecht im B.G.B. erfahren haben. Wie Linsenbarth nachgewiesen hat[113]), läßt vor allem die Stellung des Pfandgläubigers darauf schließen, daß das Gesetz auch vom dogmatischen Standpunkt aus das Pfandrecht an Forderungen als ein Recht an einem Recht auffaßt.

Wenn demnach Pfaff bei seiner Konstruktion des p. i. als Gegenstand des Forderungspfandrechts das Recht selber ansieht, so dürfte man ihm darin auch nach heutigem Recht folgen können. — Ein weiteres Eingehen auf die Streitfragen über die Rechtsnatur des Forderungspfandrechts würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen und ist umso weniger nötig, als die Pfaffsche Theorie über das p. i. an seine Auffassung vom Gegenstand des Pfandrechts nicht gebunden ist[114]). Den Beweis dafür erbringt die abweichende Konstruktion Nichterleins[115]).

Demelius[116]) hält die Theorie Pfaffs deshalb für unrichtig, „weil ein Pfandrecht an einer wider den Gläubiger selbst zustehenden Forderung juristisch unmöglich sei". Pfandrecht könne man doch nur an Objekten haben, die entweder unmittelbaren Vermögenswert in sich tragen oder doch geeignet sind, solchen heranzuziehen, nicht aber an Rechten Dritter, welche, wie eine Rückzahlungsverbindlichkeit, darauf gerichtet sind, dem Pfandgläubiger Vermögenswert zu entziehen.

Mit Recht fragt dagegen Nichterlein[117]) erstaunt: „Ist denn die verpfändete Forderung kein Vermögenswert, resp. nicht

---

[110]) Die Möglichkeit von Rechten an Rechten wird denn auch von Windscheid § 239; Sohm S. 47/8; Bremer S. 36/7; Neuner S. 52 f.; Planck, Vorbem. zu § 1273; Staudinger, Vorbem. zu § 1273 u. a. bejaht.

[111]) Weitere Beispiele bei Beyer S. 40

[112]) Vergl. Beyer S. 40; Hanausek S. 64.

[113]) Linsenbarth S. 15 f.

[114]) So schon Pfaff selbst auf S. 13 f.

[115]) Vergl. Nichterlein S. 35 ff.

[116]) Seite 225 f.

[117]) Seite 40.

geeignet, für den Pfandnehmer Vermögenswert heranzuziehen, indem das Pfandrecht daran ihn evtl. von der Rückleistung befreit?"

Außerdem ist — was allerdings erst in jüngerer Zeit gebührend beachtet wurde — ein Pfandrecht an einer gegen den Pfandgläubiger selbst gerichteten Forderung (sogenanntes Pfandrecht an eigener Schuld) gar keine seltene Erscheinung[118]), vor allem nicht etwa ein Spezialfall der Pfaffschen Konstruktion.

Exner meint[119]), „daß zur Annahme eines Pfandrechts an einer Forderung kein Grund vorliege, wenn man in das Verhältnis nichts hineintrage, was sein ökonomischer Zweck und die Absicht der Parteien nicht in dasselbe lege". Diese Begründung schlägt nicht durch; denn der ökonomische Zweck des p. i. ist die Sicherstellung des Kautionsempfängers und die Parteiabsicht geht dahin, diesen Erfolg herbeizuführen[120]). Beides berücksichtigt die Konstruktionen Pfaffs und sie geht über den Sicherungszweck und die Absicht der Parteien nicht hinaus.

Andere erhebliche Einwände sind meines Wissens gegen die Pfaffsche Lehre nicht erhoben worden. Viele haben sich seiner Theorie angeschlossen[121]), und gerade in der neueren Zeit wird in maßgeblichen Kommentaren Pfaffs Ansicht vertreten[122]).

Auch das B.G.B. konstruiert im § 233 für einen besonderen Fall der Barkaution dieses Rechtsverhältnis mit Hilfe einer Forderungsverpfändung. Wenn nämlich bei Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren das Eigentum an diesen Gegenständen auf die Hinterlegungsstelle übergeht, so erwirbt der aus der Sicherstellung Berechtigte ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung. Freilich weicht diese Regelung von dem Normalfall des p. i. insofern ab, als es sich zwar um ein Forderungspfandrecht, aber nicht um ein Pfandrecht an eigener Schuld handelt. Jedoch ist auch eine völlige Uebereinstimmung möglich, falls nämlich Hinterlegungsstelle und Berechtigter identisch sind[123]). Man kann allerdings mit Haas[124])

[118]) Beispiele bei Strohal in Grünh. Zeitschr. Bd. 7, S. 411 mitte. Siehe vor allem die Spezialuntersuchung von Oertmann in Arch. ziv. Prax. Bd. 81 S. 61 ff. Vergl. ferner Weigelin S. 38 f.; Thal S. 149 f.; Hirsch S. 425.

[119]) Exner, S. 181.

[120]) Vergl. Nichterlein S. 38.

[121]) So Hofmann in Krit. Viert.-Jahrschr. Bd. 12 S. 542; Strohal in Grünh. Zeitschr. Bd. 7 S. 410 ff. Zitelmann, Allg. Teil S. 141; Hirsch S. 425 f.; Thal S. 158 Anm. 2. Im wesentlichen auch Nichterlein S. 35 ff.

[122]) Planck Anm. 2a zu § 1204; Biermann Anm. 4 zu § 1229; Warneyer (1930!) Anm. zu § 1228.

[123]) Vergl. Nichterlein S. 62.

[124]) Haas, S. 22 ff., ebenso Schaefer S. 22; dagegen bezeichnet Zitelmann (allg. Teil S. 141) den § 233 geradezu als die Stelle, an der das B.G.B. die Konstruktion des p. i. behandelt.

bezweifeln, ob diese Vorschrift einen rechtsverbindlichen Gesetzesinhalt bildet; immerhin aber zeigt der § 233, daß das Gesetz der Konstruktion Pfaffs nicht ablehnend gegenübersteht.

In den vorstehenden Ausführungen ist dargetan, daß die Gegner den Beweis der Unrichtigkeit der Pfaffschen Theorie nicht erbracht haben; sie paßt auch in den Rahmen des heutigen Rechts.

Im folgenden ist unter Zugrundelegung der Lehre Pfaffs auf die rechtliche Behandlung des p. i. näher einzugehen. Zuvor sei diese Lehre noch einmal in wenigen Worten zusammengefaßt:

Das p. i. besteht aus einem darlehnsartigen Rechtsverhältnis, das zugleich mit der Eigentumsübertragung an den sicherungshalber hingegebenen Sachen begründet wird, und aus einem Pfandrecht[125]) an dem Rückforderungsanspruch aus diesem darlehnsartigen Verhältnis.

[125]) In Konsequenz seiner Auffassung bezeichnet Pfaff (S. 4 Anm. 5) den Ausdruck „irreguläres Pfandrecht" als unrichtig, da in dem Verhältnis nichts Irreguläres enthalten sei. Man wird jedoch den Ausdruck, da er sich einmal eingebürgert hat, aus praktischen Gründen bestehen lassen.

III. Die Entstehung des irregulären Pfandrechts.

Zufolge der Doppelnatur des p. i. ist für seine Entstehung die Begründung des darlehnsartigen Rechtsverhältnisses und die Bestellung des Forderungspfandrechtes wesensnotwendig.

Das darlehnsartige Rechtsverhältnis kommt wie das gewöhnliche Darlehn grundsätzlich durch die Eigentumsübertragung[126]) an den hingegebenen vertretbaren Sachen und die Vereinbarung, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten, zustande.

Wenn wir dieses Rechtsverhältnis nicht mit dem Darlehn identifizieren, sondern es mit Pfaff[127]) nur als ein darlehnsartiges bezeichnen, so geschieht das aus dem Grunde, weil der Kreditcharakter des Darlehns zum p. i. nicht paßt[128]). Andererseits ist aber die Aehnlichkeit zwischen beiden Gebilden groß. In beiden Fällen handelt es sich um einen Realkontrakt[129]), bei beiden Instituten wird eine Rückgabepflicht in genere begründet. Von Haas[130]) ist es allerdings bestritten worden, daß beim p. i. mit der Hingabe der Sachen sofort ein — wenn auch betagtes — Rückforderungsrecht des Kautionsgebers entstehe. Unter Berufung auf l. 19 pr. D. de rebus creditis weist er darauf hin, daß nicht jede Uebereignung (von Geld!) an sich unmittelbar eine Forderung auf Rückgabe begründe. Das p. i. sei kein Kreditvertrag und es sei eine sekundäre und im einzelnen Fall durchaus nicht notwendig eintretende Folge des Rechtsgeschäfts, daß der Kautionsempfänger später einmal zurückerstatten müsse. Das Acquivalent für die Vermögensvermehrung des Kautionsempfängers werde nicht durch einen sofort entstehenden Rückforderungsanspruch geschaffen, sondern bestehe in der Unsicherheit des Gläubigers, ob er für seine Forderungen befriedigt werde.

---

[126]) Darüber, daß es unter Umständen auch genügt, daß nur der Wert des Darlehnsgegenstandes in das Vermögen des Empfängers übertragen wird, vergl. Enneccerus I 2 § 362 II 2.

[127]) Vergl. Pfaff S. 41/2.

[128]) Vergl. hierzu die Ausführungen auf S. 4 f. ds. Arb. Es ist daher nicht ganz richtig, wenn Exner (S. 185) meint, die Bestellung einer Kaution sei Kreditvertrag und Verpfändungsvertrag zugleich.

[129]) Vergl. Hanausek S. 178 unten f.

[130]) Haas, S. 23 ff.

Gegen diese Auffassung hat Klinkmüller[131]) schon Stellung genommen. Die Unsicherheit des Gläubigers ist offensichtlich nur ein sehr unvollkommenes Aequivalent für die Hingabe der Kaution. Der Kautionsgeber verlangt doch wohl sofort einen realen Gegenwert, und einen solchen erhält er eben durch den Rückforderungsanspruch. Dieser Anspruch ist zwar betagt, aber er ist von Anfang an vorhanden.

Wenn Haas[132]) einen Widerspruch bei Pfaff darin zu finden glaubt, daß dieser das Darlehn für die Erklärung des p. i. ablehnt und trotzdem später (auf S. 41 folg.) mit dem „darlehnsartigen Verhältnis", dem „credere, in creditum abire" operiert, so beachtet Haas nicht, daß die Römer mit dem Ausdruck „in creditum ire" nicht nur das eigentliche Darlehn bezeichnen, sondern alle „Kontrakte, die — weil sie das Eigentum von Sachen auf den Empfänger übertragen und diesen zur Restitution von tantundem verpflichten — ein besonderes Vertrauen in die Person des Schuldners voraussetzen"[133]). In diesem Sinne nur will auch Pfaffs „darlehnsartiges Verhältnis" aufgefaßt werden. Nicht den Kreditcharakter des Darlehns will er damit auf das p. i. übertragen, sondern nur die Parallele ziehen, die dadurch gegeben ist, daß beim p. i. wie beim Darlehn ein Realkontrakt mit der Verpflichtung zur Rückgabe in genere vorliegt.

Unter Berücksichtigung dieser Uebereinstimmungen erscheint es zulässig, den § 607 B.G.B. auf das darlehnsartige Rechtsverhältnis analog anzuwenden. Dabei sind jedoch alle Konsequenzen, die sich aus dem Kreditcharakter des Darlehns ergeben, für das p. i. auszuschalten. In den gezogenen Grenzen ist auch die Literatur über den § 607 für die Untersuchung des darlehnsartigen Rechtsverhältnisses verwendbar.

Wie das Darlehn kommt auch dieses verwandte Rechtsgebilde erst im Moment des Eigentumserwerbs an den hingegebenen vertretbaren Sachen von Seiten des Empfängers zustande. Das folgt aus seiner Realkontraktsnatur. Es ist jedoch nicht erforderlich, daß der Kautionsgeber Eigentümer der übergebenen Sachen war. Auch bei nur gutgläubigem Erwerb ist im Moment des Eigentumsüberganges der Vertrag geschlossen[134]), und es entsteht aus diesem Vertrage das Rückforderungsrecht des Kautionsgebers.

Die Eigentumsübertragung wird in der Regel durch Einigung und Uebergabe erfolgen. An und für sich kann für das p. i. auch die

[131]) Seite 27 f.

[132]) Seite 24 und Anm. 1 daselbst.

[133]) So Hanausek S. 161 Anm. 2. Vergl. auch Savigny V S. 512 f. und Jhering, Zweck im Recht I, S. 169 f.

[134]) Vergl. Enneccerus I 2 § 362 II. Dagegen kommt ein Darlehen nicht zustande, wenn ein unterschlagener Geldbetrag einem bösgläubigen Dritten übergeben wird. (R.G.Z. 103 S. 287).

Uebertragung durch Besitzkonstitut[135]) oder Abtretung des Herausgabeanspruches zugelassen werden, wenngleich diese Formen bei der Kaution wohl selten gewählt werden, weil damit eine wirkliche Sicherstellung des Kautionsempfängers nicht erreicht wird. Jedenfalls wäre bei einer Uebereignung nach § 930 B.G.B. nicht wie bei der gewöhnlichen Sicherungsübereignung der Einwand des Scheingeschäfts (§ 117 B.G.B.) zu befürchten, da beim p. i. die Uebereignung ohne Zweifel ernstlich gewollt ist[136]).

Die Uebertragung kann auch mittels der sogenannten kaufmännischen Traditionspapiere erfolgen (H.G.B. §§ 424, 450 u. 647).

Aus dem darlehnsartigen Verhältnis entspringt für den Kautionsgeber eine Forderung auf Rückgabe von Sachen gleicher Art, Güte und Menge.

An dieser Forderung erhält der Kautionsgeber ein Pfandrecht.

Nach § 1274 B.G.B. erfolgt die Bestellung eines Forderungspfandrechts nach den für die Uebertragung der Forderung geltenden Vorschriften, also im Wege der Einigung der Parteien[137]).

Beim p. i. ist der Wille der Parteien auf einen Verpfändungsakt gerichtet. Obgleich sie dabei nicht gerade an eine Forderungsverpfändung denken, sind sie sich doch dessen bewußt, daß durch ihre Abmachungen das Rückforderungsrecht des Kautionsgebers gehemmt wird. Diesen Erfolg herbeizuführen, ist der Zweck ihrer Vereinbarungen. Wenn daher auch die Bestellung eines Forderungspfandrechts nicht ausdrücklich erfolgt, so wird man doch aus dem

---

[135]) Rein formal ist auch das Besitzkonstitut zulässig, weil es sich um eine wirkliche Eigentumsübertragung und nicht um Verpfändung der übergebenen Sachen handelt. Allerdings tauchen hier ähnliche Bedenken auf, wie bei der Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium. — Die gleichzeitig erfolgende Verpfändung des Rückgabeanspruchs verbietet jedenfalls die Uebereignung nach § 930 B.G.B. nicht, denn § 1274 Abs. I Satz 2 trifft nicht zu.

[136]) Vergl. Schaefer S. 38.

[137]) Die Vorschrift des § 1274 I 2 kommt für das p. i. nicht infrage. — Selbst wenn über den Rückforderungsanspruch ein Schuldschein ausgestellt worden wäre, so würde für die Uebertragung dieser Forderung die Uebergabe des Schuldscheines nicht erforderlich sein; also ist auch für die Verpfändung des Rückforderungsanspruches die Uebergabe des Dokumentes nicht nötig. — Die Uebergabe des Schuldscheines würde auch den Interessen des Kautionsgebers zuwiderlaufen, da er sich damit eines wichtigen Beweismittels begeben müßte. Andererseits ist für den Kautionsempfänger der Besitz des Scheines ohne praktische Bedeutung, denn gegenüber dem Schuldner bedarf er beim p. i. keines Beweises, da er mit diesem identisch ist. Vergl. Pfaff, S. 68 ff.

Verhalten der Parteien bei der Begründung eines Kautionsverhältnisses schließen dürfen, daß bei Zugrundelegung der Pfaffschen Konstruktion die Entstehung eines Pfandrechts an der Rückerstattungsforderung ihrem Willen durchaus entspricht[138]).

Die für die Entstehung des Forderungspfandrechts nötige Einigung ist also in den Vereinbarungen bei Eingehung des Kautionsverhältnisses enthalten[139]).

Hinsichtlich der Frage, wann dieses Pfandrecht entsteht, kann ich Pfaff nicht folgen, wenn er behauptet: „Als gegenwärtiges ist dieses Pfandrecht natürlich erst vorhanden, wenn aus dem gedeckten Verhältnis jenes debitum entsprungen ist, in dessen Voraussicht die Kaution bestellt wurde."[140]). Nach heutigem Recht wenigstens ist das „debitum" nicht entscheidend für die Zeit der Entstehung eines Pfandrechts, denn gemäß § 1204 II B.G.B. kann auch für künftige Forderungen ein Pfandrecht bestellt werden. Es entsteht dann schon im Augenblick der Bestellung.

Voraussetzung für die Bestellung eines Pfandrechts ist die Existenz des Gegenstandes, der verpfändet werden soll: zukünftige Sachen oder Rechte können nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein[141]). Das bedeutet für das p. i., daß erst dann das Forderungspfandrecht zur Entstehung gelangen bzw. bestellt werden kann, wenn die zu verpfändende Forderung, d. i. das Rückforderungsrecht, bereits besteht.

Dieses Rückforderungsrecht entsteht — wie auf S. 24 f. ds. Arb. entgegen der Auffassung von Haas festgestellt wurde — im Augenblick der Hingabe der als Kaution dienenden Gegenstände. Zwar ist der Anspruch dann noch befristet bis zur Auflösung des gesicherten Rechtsverhältnisses; nach heute herrschender Ansicht kann aber eine befristete Forderung schon vor Eintritt des Termins abgetreten[142]), also auch verpfändet werden.

Es steht dem also nichts im Wege, wenn wir das Forderungspfandrecht zugleich mit der Uebereignung der sicherungshalber übergebenen Sachen entstehen lassen.

Für die Wirksamkeit der Forderungsverpfändung ist nach § 1280 B.G.B. erforderlich, daß der Gläubiger dem Schuldner die Verpfändung anzeigt. Auf das p. i. dürfte indessen diese Bestimmung keine Anwendung finden, da hier Schuldner und Pfandgläubiger identisch sind. In seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger hat

---

[138]) Nach Nichterlein S. 35 wird das Pfandrecht „stillschweigend" begründet.

[139]) Dagegen behauptet Oertmann im Arch. ziv. Prax. 81 S. 90, 91, daß es an einem ordentlichen Verpfändungsakt fehlt.

[140]) Pfaff S. 35.

[141]) Dazu Biermann, Bem. 2c zu § 1204.

[142]) So Enneccerus I 1 § 186 I 2a. Vergl. auch Anm. 3 daselbst.

der Schuldner ohne weiteres Kenntnis von der Verpfändung; eine besondere Anzeige wäre überflüssig[143]).

Einen gutgläubigen Erwerb von Forderungspfandrechten gibt es grundsätzlich nicht[144]). Das Pfandrecht ist also abhängig von der Existenz des Rückforderungsanspruches und damit von dem Zustandekommen des darlehnsartigen Rechtsverhältnisses überhaupt. Darlehnsartiges Rechtsverhältnis und Forderungspfandrecht zusammen lassen erst das p. i. entstehen.

Zu erwähnen bleibt noch, daß beim p. i., wie auch sonst bei Pfandrechten, Verpfänder und persönlicher Schuldner nicht identisch zu sein brauchen. Es kann also auch ein Dritter für den Schuldner die Kaution stellen. Der Dritte ist dann der Rückforderungsberechtigte und ihm gegenüber entsteht das Forderungspfandrecht.

Durch Gesetz oder Pfändung kann ein irreguläres Pfandrechtsverhältnis niemals entstehen.

Im Anschluß an die Entstehung des p. i. scheint es angebracht, die durch die Kaution gesicherte Forderung zu behandeln. Gemäß der akzessorischen Natur jedes Pfandrechts ist auch für das p. i. eine zu sichernde Forderung notwendige Voraussetzung. Es ist jedoch nicht notwendig, daß diese Forderung bereits zur Zeit der Bestellung des p. i. existiert. Nach heutigem Recht kann lt. ausdrücklicher Gesetzesvorschrift auch für zukünftige Forderungen ein Pfandrecht bestellt werden (B.G.B. § 1204 II; gilt für das p. i. über § 1273 Abs. II). Ebenso ist die Pfandbestellung für eine bedingte Forderung zulässig. In diesen Fällen ist nicht etwa das Pfandrecht durch die Entstehung der Forderung oder den Eintritt der Bedingung der Forderung bedingt, sondern es ist schon vor Entstehung oder Wirksamkeit der Forderung ein vollgültiges gegenwärtiges Pfandrecht[145]). Allerdings muß die zukünftige Forderung irgendwie bestimmbar sein. Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts (Jur. W. 1911, S. 367) genügt es jedoch, wenn das Pfand für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen dieses Gläubigers an diesen Schuldner gestellt wird[146]). Eine solch weitgehende Bestimmbarkeit wird aber beim p. i. regelmäßig gegeben sein. Wenn es aber tatsächlich einmal an der Bestimmbarkeit fehlt, ein zu sicherndes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht besteht, so kommt eben ein Forderungspfandrecht und damit ein vollgültiges p. i. nicht zustande.

---

[143]) So schon Pfaff S. 70 unten.
[144]) Ausnahmen bei Wolff § 176 Anm. 15.
[145]) Vergl. Wolff, § 162 I 3.
[146]) Siehe zu dieser Frage die gründlichen Ausführungen bei Haas, S. 32 ff.

Indessen möchte ich annehmen, daß in einem solchen Falle immerhin ein darlehnsartiges Rechtsverhältnis zustandekommt. Zwar erklärt das B.G.B. im § 139 grundsätzlich das ganze Rechtsgeschäft für nichtig, wenn ein Teil desselben nichtig ist, und es ist nicht anzunehmen, daß das darlehnsartige Rechtsverhältnis auch ohne den nichtigen Teil begründet worden wäre. Da aber vertretbare Sachen zu Eigentum übertragen worden sind mit der Verpflichtung zur Rückgabe in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge, und es dem beiderseitigen Parteiinteresse entspricht, wenn diese Art der Rückgabe gewahrt bleibt, so kann man für diesen Fall mit einigem Recht den § 140 B.G.B. anwenden. Das nichtige p. i. entspricht bis auf den Kreditcharakter den Erfordernissen eines Darlehns und kann daher als darlehnsartiges Rechtsgeschäft aufrechterhalten werden. Allerdings ist dann das Rückforderungsrecht nicht wie sonst ein betagtes, sondern ein fälliges, und aus dem Realkontrakt heraus ist der Empfänger zur sofortigen Rückgabe der erhaltenen Sachen in genere (nur in genere, denn darauf geht der Realkontrakt!) verpflichtet[147]).

Erachtet man diese Konversion nicht für zulässig, so bleibt für den Kautionsbesteller nur ein Bereicherungsanspruch, denn das Eigentum an den kautionshalber übergebenen Sachen ist zufolge der abstrakten Natur der Uebertragung auf den Empfänger übergegangen[148]). Offenbar ist das für den Besteller ein unbilliges Ergebnis, wenn man an die Möglichkeit des § 818 Abs. III B.G.B. denkt. Aber auch für den Kautionsempfänger wird es unter Umständen ungünstig sein, wenn er statt in genere in specie restituieren, bezw. den Wert der empfangenen Sachen ersetzen muß.

Wie beim echten Pfandrecht kann auch beim p. i. die gesicherte Forderung jede beliebige Leistung zum Inhalt haben. Allerdings muß die Leistung einen Vermögenswert besitzen, damit sie dem Erfordernis des § 1228 Abs. II S. 2 genügen kann[149]).

Für die Barkaution speziell gilt noch die Ausnahme, daß sie ihrem besonderen Charakter entsprechend nicht für bereits fällige oder nur betagte Geldforderungen bestellt werden kann. In solchem Fall würde die Hingabe einer „Kautions"summe nicht eine Sicherstellung, sondern Befriedigung durch Zahlung zur Folge haben[150]).

---

[147]) Auch Schaefer spricht (S. 35) von einer obligatorischen Rückgabepflicht, ohne indessen das Obligationsverhältnis genauer zu bestimmen.

[148]) Es ist nicht anzunehmen, daß das Zustandekommen des p. i. zur Bedingung der Eigentumsübertragung gemacht worden ist. Vergl. Schaefer S. 35 u. Anm. 1 das.

[149]) Vergl. Wolff § 162 I.

[150]) Siehe die gründlichen diesbezüglichen Ausführungen bei Haas, S. 35 f.

Allgemein gilt noch die Einschränkung, daß die Forderung dem Pfandgläubiger zustehen muß. „Forderung und Pfandrecht können nicht gezweit sein."[151]).

Schließlich ist noch einzugehen auf die Umwandlung eines regulären Pfandrechts in ein irreguläres. Besteht ein gewöhnliches Pfandrecht, so kann von den Parteien nachträglich vereinbart werden, daß die verpfändeten Sachen nicht eadem specie, sondern eadem qualitate et quantitate zurückgegeben werden sollen. Dann geht im Moment der Vereinbarung das Eigentum an den verpfändeten Sachen auf den Pfandgläubiger über, und zu gleicher Zeit verwandelt sich das reguläre Pfandrecht in ein irreguläres.

Es ist aber auch eine Verabredung des Inhaltes möglich, daß der Pfandgläubiger nicht sofort Eigentümer wird, sondern nur zum Verbrauch der verpfändeten Sachen berechtigt ist. In diesem Falle ändert das Pfandrecht erst im Augenblick des Verbrauches seinen Charakter, erst mit der Aneignung der Sachen durch den Pfandgläubiger gelangt das p. i. zur Existenz[152]). Eine solche Vereinbarung ist von besonderer Wichtigkeit für den Fall des Konkurses. Bis zur Aneignung hat der Verpfänder im Konkurse des Pfandgläubigers noch ein Aussonderungsrecht, nach der Aneignung dagegen ist er bezüglich seines nur obligatorischen Rückerstattungsanspruches auf eine Konkursdividende angewiesen[153]).

Bei der irregulären Verpfändung von Wertpapieren sind die Vorschriften des § 2 Depotgesetzes zu beachten[154]).

---

[151]) So Wolff § 162 I, 1.

[152]) Vergleiche Crome, System des Bürg. R. Bd. III § 508 S. 884. Vergl. den ähnl. Fall des depositum irregulare (§ 700 B.G.B.).

[153]) Vergl. die Ausführungen auf S. 47 ds. Arbeit.

[154]) Hierzu die eingehenden Ausführungen von Schaefer Seite 42 ff.

IV. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses.

Bei den folgenden Untersuchungen ist vor allem die Doppelnatur des p. i. zu beachten. Sein Inhalt setzt sich zusammen aus dem Inhalt des darlehnsartigen Rechtsverhältnisses und dem Inhalt des Forderungspfandrechts.

Für das darlehnsartige Verhältnis können mit gewissen Einschränkungen[155]) die Vorschriften über das Darlehn herangezogen werden. Für das Forderungspfandrecht gelten die Bestimmungen der §§ 1273 ff., insbesondere der §§ 1280 bis 1290.

„Beim Forderungspfandrecht sind in der Regel drei Personen beteiligt: der Gläubiger und der Schuldner der verpfändeten Forderung und der Gläubiger der durch Pfand gesicherten Forderung."[156])

Von diesem Normalfall weicht das im p. i. enthaltene Forderungspfandrecht ab. Schuldner der verpfändeten Forderung und Pfandgläubiger sind personengleich. Der Kautionsempfänger erhält ein Pfandrecht an der gegen ihn selbst gerichteten Forderung oder — anders ausgedrückt — ein Pfandrecht an der eigenen Schuld. Die Möglichkeit eines solchen Pfandrechts ist viel bestritten worden. Soweit man es ablehnt, muß man auch die Pfaffsche Konstruktion des p. i. verwerfen[157]). Indessen dürfte nach den eingehenden Darlegungen von Thal[158]) und Oertmann[159]) an der grundsätzlichen Zulässigkeit des Pfandrechts an eigener Schuld nicht zu zweifeln sein.

---

[155]) So ist z. B. der § 609 auf das p. i. offensichtlich unanwendbar.

[156]) So Wolff § 177 pr.

[157]) Vergl. z. B. Demelius, S. 225.

[158]) Thal, Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen. — Wenn Thal allerdings das Pfandrecht an der eigenen Schuld als Beweis dafür auswerten will, daß Gegenstand des Rechtspfandrechts nicht d. Recht als solches sein könne, weil dann im vorliegenden Fall der Pfandgläubiger „eine Summe von Befugnissen gegen sich selbst hätte", so liegt darin ein voreiliger Schluß. Zwar ist das verpfändete Recht, die Forderung, eine Summe von Befugnissen gegen ihn. Sein Pfandrecht daran aber schränkt in erster Linie diese Befugnisse des Forderungsgläubigers ein, richtet sich also insoweit gegen den Verpfänder und nicht — wie Thal meint — gegen den Pfandgläubiger selbst.

[159]) Oertmann Arch. ziv. Prax. 81, S. 61 ff. — Vergl. auch Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, I, S. 422 ff.

Infolge der Identität des Pfandgläubigers mit dem Schuldner der verpfändeten Forderung scheidet für das p. i. — wie noch des näheren zu zeigen sein wird — eine Reihe von Spezialvorschriften des Forderungspfandrechts von vornherein aus. Auch sonst führt diese Identität noch zu Besonderheiten, die im Nachstehenden zu erörtern sind.

Abhandlungen über den Inhalt eines Pfandrechts pflegt man einzuteilen nach der Zeit vor und nach der Pfandreife. Auch bei der Untersuchung über den Inhalt des p. i. wird man zweckmäßig an dieser Einteilung festhalten.

Für die erforderliche Abgrenzung ist zunächst der Zeitpunkt des Eintritts der Pfandreife festzustellen. Nach § 1228 B.G.B. ist dieser Zeitpunkt erreicht, wenn die gesicherte Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. Außerdem muß bei einer nicht auf Geld gerichteten Forderung diese erst in eine Geldforderung übergegangen sein.

Diese Regelung gilt gemäß B.G.B. § 1273 Abs. III für das Forderungspfandrecht und damit auch für das p. i. entsprechend. Unter Anwendung der oben erwähnten Einteilung wenden wir uns nunmehr dem Inhalt des p. i. im einzelnen zu.

A. Vor der Pfandreife.

An den zur Sicherung hingegebenen vertretbaren Sachen erhält der Kautionsempfänger Eigentum, d. h. ein unbeschränktes Herrschaftsrecht. Er kann daher mit diesen Sachen nach Belieben verfahren, kann sie verbrauchen, veräußern, vernichten. Er ist zu ihrem Besitz berechtigt. Als Eigentümer stehen ihm, soweit nicht etwas Abweichendes vereinbart ist, die Nutzungen zu[160]). Andererseits trägt er auch die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung.

Das dieser Uebereignung zugrundeliegende Kausalgeschäft ist das p. i. in seiner Eigenschaft als darlehnsartiges Rechtsverhältnis. Aus diesem Realkontrakt entspringen für den Kautionsempfänger zwei Pflichten: die Verzinsungspflicht und die Rückgabepflicht.

Eine Verzinsungspflicht wird jedoch grundsätzlich nur dann anzunehmen sein, wenn sie ausdrücklich vereinbart ist. Vor allem sind die kleineren Barkautionen des täglichen Lebens nicht zu verzinsen. Bei größeren Barkautionen dagegen wird man mitunter auch aus besonderen Umständen ohne ausdrückliche Vereinbarung eine Verzinsungspflicht herleiten dürfen[161]). Mangels abweichender Parteiabreden gelangt der § 608 B.G.B. zu analoger Anwendung.

---

[160]) Vergl. Schaefer Seite 34.
[161]) Vergl. Schaefer a. a. O.

Für die Rückgabepflicht gilt § 607 Abs. I entsprechend. Danach handelt es sich um einen Anspruch des Kautionsgebers auf Rückgabe in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge. Dieser Rückgabeanspruch wird fällig, wenn das gesicherte Rechtsverhältnis beendet ist[162]). In diesem Zeitpunkt kann also der Kautionsgeber Rückgabe in genere verlangen, wenn und soweit nicht dieser Anspruch durch die Ausübung des Forderungspfandrechts seitens des Kautionsempfängers erlischt[163]).

Für den Fall, daß Wertpapiere den Gegenstand der Kaution bilden, ist die Frage zu entscheiden, ob und in welcher Weise Kautionsgeber und Kautionsempfänger gegen Wertminderung geschützt sind. Bei Beantwortung dieser Frage hat man davon auszugehen, daß durch die Uebereignung der sicherungshalber hingegebenen Gegenstände die Gefahr auf den Kautionsempfänger übergegangen ist. Das bedeutet für den Kautionsgeber, daß nachträgliche Verschlechterung oder gar Untergang der Kautionsgegenstände seinen Anspruch auf Rückgabe ungeschmälert bestehen lassen. Damit geschieht dem Kautionsempfänger kein Unrecht, denn es liegt ja in seiner Hand, sich durch rechtzeitige Verwertung der empfangenen Sachen vor Schaden zu bewahren.

Das muß im Prinzip auch für den uneigentlichen Effektenlombard gelten. Die Rückerstattung in gleicher Güte wird hier wegen der Kursschwankungen wohl nur selten möglich sein. Wenn sich aber in diesem Fall das Rückforderungsrecht des Kautionsgebers auf Rückgabe von Effekten gleicher Art und Menge beschränken sollte, so würde das bei Kursdifferenzen entweder für den Geber oder für den Nehmer zu unangenehmen Verlusten führen. Man wird daher für die Rückerstattungspflicht den W e r t der Effekten am Tage der Begründung des Kautionsverhältnisses zugrundezulegen haben[164]).

Weitere Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen ergeben sich aus dem im p. i. enthaltenen Forderungspfandrecht. Da es sich stets um die gleiche verpfändete Forderung handelt, nämlich um den obligatorischen Rückerstattungsanspruch des Kautionsgebers, lassen sich die auf das p. i. anwendbaren Pfandrechtsvorschriften genau bestimmen.

Prüfen wir zunächst die speziellen Vorschriften für das Rechtspfandrecht, so müssen wir feststellen, daß die meisten Paragraphen auf das p. i. nicht zur Anwendung kommen.

---

[162]) Mitunter wird der Rückgabeanspruch schon vor Beendigung des gesicherten Rechtsverh. fällig. Vergl. die Ausführungen auf Seite 44 ds. Arbeit.

[163]) Vergl. die Ausführungen auf Seite 43 ds. Arbeit.

[164]) Vergl. S c h a e f e r S. 46.

Für den § 1275 ergibt sich das ohne weiteres aus der Identität von Pfandgläubiger und Schuldner der verpfändeten Forderung. Verpflichteter im Sinne des § 1275 und Pfandgläubiger ist der Kautionsempfänger in einer Person.

§ 1276 verlangt für den Verzicht auf ein verpfändetes Recht die Zustimmung des Pfandgläubigers. Die Anwendung dieser Vorschrift scheint um deswillen nicht erforderlich, weil ein Verzicht auf den Rückforderungsanspruch dem Kautionsempfänger in seiner Eigenschaft als Schuldner dieses Anspruches zugute kommt. Er wird also durch den Verzicht eher besser als schlechter gestellt[165]).

Die Identität des Pfandgläubigers mit dem Schuldner der verpfändeten Forderung führt des weiteren zur Unanwendbarkeit der §§ 1281, 1285, 1287 und 1288 Abs. I. Auch die Vorschriften der §§ 1283 und 1286 kommen für das p. i. nicht infrage.

Es bleibt demnach für den Inhalt des Pfandrechts vor der Pfandreife von den Spezialvorschriften nur der § 1289 übrig. Danach erstreckt sich das Pfandrecht am Rückforderungsanspruch auch auf die etwa vereinbarten Zinsen (vergl. Seite 32 ds. Arbeit.).

Im übrigen sind für die Behandlung des Rechtspfandrechts gemäß § 1273 Abs. II die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen heranzuziehen. Eine Anzahl von diesen Vorschriften ist auf das Rechtspfandrecht allgemein unanwendbar[166]). Insoweit erscheint eine Nachprüfung für das p. i. überflüssig; es kann auf die ausführliche Behandlung bei P l a n c k [167]) verwiesen werden.

Bezüglich des Umfanges der Haftung ist für das p. i. der § 1210 maßgebend. An die Stelle des Abs. I Satz 2 tritt die Parteivereinbarung. Im Zweifel haftet die Kaution nur für das zur Zeit der Bestellung zwischen persönlichem Schuldner und Kautionsempfänger bestehende Rechtsverhältnis. Lt. § 1210 Abs. II erstreckt sich die Haftung auch auf die Kosten der Rechtsverfolgung.

Der § 1211 findet auf das p. i. in vollem Umfang Anwendung.

Die §§ 1213 bis 1218 sind mit Rücksicht auf die Natur des Pfandgegenstandes (Rückforderungsanspruch!) auf das p. i. unanwendbar[168]). Das gleiche gilt für den § 1222, denn beim p. i. gibt es stets nur einen Pfandgegenstand, den Rückerstattungsanspruch. Die Rückgabepflicht des Kautionsempfängers ergibt sich nicht aus § 1223, sondern aus dem zugrundeliegenden darlehnsartigen Realkontrakt (Vergl. S. 33 ds. Arbeit.).

---

[165]) Betreffs § 1276 Abs. II siehe die diesbezüglichen Ausführungen auf Seite 35 ds. Arbeit.

[166]) So vor allem die §§ 1207/08/12/19/20/21/28 Abs. I und die §§ 1230 bis 48. Vergl. W a r n e y e r zu § 1273.

[167]) Anm. 2 zu § 1273.

[168]) Gegen die Möglichkeit eines Nutzpfandes spricht vor allem auch die Identität von Pfandgläubiger und Schuldner der verpfändeten Forderung.

Die Bestimmungen der §§ 1224 und 1225 passen auch für das irreguläre Pfandrecht. Dagegen scheidet der § 1226 für das p. i. aus.

Ein Anwendungsfall für den § 1227 ist beim p. i. nicht denkbar. Eine Beeinträchtigung der Rechte des Kautionsempfängers durch Dritte ist offenbar unmöglich. Aber auch der Kautionsgeber kann das Pfandrecht des Empfängers nicht gefährden, selbst dadurch nicht, daß er sein Rückforderungsrecht auf einen Dritten überträgt. In solchem Falle würde der Dritte die Forderung mit allen daran haftenden Mängeln erwerben; er müßte also auch das daran bestehende Pfandrecht des Kautionsempfängers gegen sich gelten lassen[169]). Es kommt noch hinzu, daß der Kautionsempfänger auch in seiner Eigenschaft als Schuldner gemäß § 404 B.G.B. dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, also auch den Einwand eines an der Forderung bestehenden Pfandrechts.

Aus diesen Ausführungen folgt zugleich daß für die Abtretung des Rückforderungsanspruchs seitens des Kautionsgebers eine Zustimmung des Kautionsempfängers nach § 1276 B.G.B. nicht erforderlich ist, denn die Abtretung beeinträchtigt das Pfandrecht nicht (§ 1276 Abs. II).

Bezüglich des § 1250 B.G.B. ist für das p. i. zu unterscheiden zwischen der Uebertragung einer einzelnen Forderung und dem Uebergang des gesamten durch die Kaution gesicherten Rechtsverhältnisses auf einen Dritten.

Wenn der Kautionsempfänger eine ihm aus dem gesicherten Rechtsverhältnis zustehende Forderung abtritt, so geht nach § 1250 Abs. I zugleich das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über[170]), und zwar nur das Forderungspfandrecht, nicht aber das p. i. als Ganzes. Das zwischen Kautionsempfänger und Kautionsbesteller bestehende darlehnsartige Rechtsverhältnis wird durch den Uebergang des Pfandrechts nicht berührt. Daher bleibt auch weiterhin einzig und allein der Kautionsempfänger zur Rückerstattung in genere verpflichtet. An dieser Rückgabeverpflichtung hat der neue Gläubiger ein Pfandrecht und zur Zeit der Pfandreife kann er wie jeder Forderungspfandgläubiger sein Pfandrecht durch Einziehung (§ 1282) realisieren.

---

[169]) Vergl. Enneccerus I 2 § 303 II. Aehnliches gilt bei Weiterverpfändung des Rückgabeanspruches durch den Kautionsgeber. In diesem Fall geht das Pfandrecht des Empfängers nach allgemeinen Prioritätsgrundsätzen demjenigen des Dritten vor. Vergl. S. 41 ds. Arbeit.

[170]) Ohne die Forderung kann das Pfandrecht nicht übertragen werden. Andererseits ist es möglich, den Uebergang des Pfandrechts bei der Uebertragung der Forderung auszuschließen. (Vergl. § 1250).

Diejenigen, die im p. i. eine Abart des echten Sachpfandrechts erblicken und es nach reinen Sachpfandrechts-Vorschriften analog oder direkt behandeln, müssen bei konsequenter Durchführung ihrer Ansicht zu dem Ergebnis kommen, daß bei Abtretung einer einzelnen Forderung das gesamte irreguläre Pfandrecht auf den neuen Gläubiger übergeht, und daß dieser infolgedessen von dem ursprünglichen Kautionsempfänger gemäß § 1251 sofort (auch schon vor der Pfandreife!) Sachen gleicher Art, Güte, und Menge, wie vom Besteller seinerzeit hingegeben, verlangen kann[171]). Eine einfache Erwägung zeigt, daß dieses Ergebnis wenig befriedigend ist. Wenn nämlich nach Abtretung der Forderung der ursprüngliche Kautionsempfänger aus dem fortbestehenden ehemals gesicherten Rechtsverhältnis weitere Forderungen erwirbt, so haftet hierfür die Kaution nicht mehr, da sie mit der Zession auf den neuen Gläubiger übergegangen ist. Eine offenbar den Parteiintentionen wenig entsprechende Folge[172])!

Wenn dagegen das gesamte durch die Kaution gesicherte Rechtsverhältnis auf einen Dritten übergeht, so wird es der Absicht der Parteien entsprechen, daß der Dritte anstelle des ursprünglichen Kautionsempfängers in das Kautionsverhältnis eintritt. Für den Fall, daß ein Mieter oder Pächter für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit geleistet hat, tritt sogar kraft Gesetzes der Erwerber des vermieteten oder verpachteten Grundstückes in die durch die Sicherheit begründeten Rechte ein (§ 572 u. § 581 II).

Tritt der Dritte in das Kautionsverhältnis ein, so hat der ursprüngliche Kautionsempfänger an ihn die Kaution (in genere) herauszugeben[173]). Vom Augenblick der Herausgabe ab richtet sich der aus dem p. i. entspringende Rückforderungsanspruch des Kautionsgebers nur gegen den Dritten. Wegen der hierin liegenden Schuldübernahme wird man für die Uebertragung des irregulären Pfandrechts die Einwilligung des Kautionsgebers verlangen müssen. Es ist jedoch zu beachten, daß diese Einwilligung meist in der Bereitwilligkeit, mit dem Dritten das gesicherte Rechtsverhältnis fortsetzen zu wollen, enthalten sein wird.

B. Nach der Pfandreife.

Als das wichtigste Recht nach der Pfandreife ist das Befriedigungsrecht des Kautionsempfängers zu behandeln. Die Befriedi-

[171]) Diesen Standpunkt vertritt z. B. Schaefer S. 61.

[172]) Auch wenn man den Fall des § 1250 Abs. II heranzieht, zeigt sich die Unhaltbarkeit dieser Auffassung. Es würde danach nämlich das gesamte Kautionsverhältnis erlöschen, wenn bei der Abtretung einer einzelnen Forderung der Uebergang der Kaution ausgeschlossen worden wäre.

[173]) Vergl. Reichsgericht in J.W. 1905 S. 80; R.G.Z. 53, S. 247 f.; ferner Brünneck in Gruch. Beitr. Band 47 S. 288 f.

gung erfolgt in Ausübung des im p. i. enthaltenen Forderungspfandrechts. Normalerweise müßten daher die §§ 1282, 87 und 88 zur Anwendung kommen. Infolge der besonderen Natur des im p. i. enthaltenen Forderungspfandrechts als eines Pfandrechts an eigener Schuld sind jedoch diese Vorschriften nur unter erheblichen Einschränkungen verwertbar. Sie können bei der folgenden Untersuchung nur als richtunggebend dienen.

Wie erfolgt nun die Befriedigung beim irregulären Pfandrecht? Zur Beantwortung dieser Frage gehen wir davon aus, daß der Kautionsempfänger im Augenblick der Pfandreife bereits so gestellt ist, wie ein gewöhnlicher Forderungspfandgläubiger nach der Einziehung der Forderung, d. h. er ist von allem Anfang an im Besitz des Forderungsobjekts. Jedoch weicht seine Stellung von der des gewöhnlichen Pfandgläubigers insofern ab, als er zugleich Eigentümer dieses Forderungsobjekts ist. Der gewöhnliche Pfandgläubiger würde — abgesehen von dem Falle einer verpfändeten Geldforderung — durch die Einziehung gemäß § 1287 B.G.B. nur ein Pfandrecht an dem Forderungsobjekt erwerben und müßte sich den Wert des Objekts im Wege des Verkaufs nach den Vorschriften des Sachpfandrechts erst verschaffen. Man kann also weitergehend den Zustand des Kautionsempfängers nach der Pfandreife annähernd mit dem vergleichen, in dem sich der gewöhnliche Forderungspfandgläubiger nach erfolgter Verwertung des Forderungsobjekts befindet. Indessen darf man diesen Zustand des Kautionsempfängers nicht mit der Befriedigung gleichsetzen. Er würde ja sonst sozusagen automatisch im Augenblick der Pfandreife befriedigt werden. Eine solche Art der Befriedigung würde dem Wesen und dem Zweck des irregulären Pfandrechts nicht entsprechen. Vielmehr ist anzunehmen, daß die Befriedigung erst dann erfolgt, wenn ein dahingehender Wille des Kautionsempfängers nach außen hin hervortritt. Eine einseitige, empfangsbedürftige, an den Kautionsgeber zu richtende Willenserklärung erscheint zu diesem Zweck am geeignetsten. Erst durch diese Erklärung tritt ähnlich wie bei der Aufrechnung die Befriedigung des Kautionsempfängers ein[174]).

Das Erfordernis einer solchen Befriedigungserklärung läßt sich auch aus den Grundideen des Forderungspfandrechts ableiten. Das zeigt eine Untersuchung der rechtlichen Vorgänge bei der Befriedigung aus einer Geldforderung[175]). Wenn Geld das Objekt der verpfändeten Forderung bildet, so ist der Pfandgläubiger nach Eintritt der Pfandreife berechtigt, die Forderung einzuziehen, jedoch nur insoweit, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist (§ 1282

---

[174]) Die Befriedigungserklärung darf jedoch nicht als eine Art Aufrechnung bezeichnet werden.

[175]) Vergl. zum Folgenden die Ansicht von Kretschmar, Seite 86 ff., insbesondere S. 91 unten f. und Seite 93 unten.

Abs. I. Satz 2). Mit der Einziehung gilt die Forderung des Pfandgläubigers, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger berichtigt. (§ 1288 Abs. II). Die Einziehung hat also einmal die Wirkung, daß der Pfandgläubiger befriedigt wird. Hinzu kommt aber eine weitere Wirkung, die vom Gesetz nicht besonders hervorgehoben wird: In Höhe des eingezogenen Betrages erlischt die Forderung des Pfandschuldners (Gläubigers der verpfändeten Forderung) gegen den Drittschuldner. Der Gläubiger behält also sein Forderungsrecht nur insoweit, als es durch die Einziehung nicht bereits aufgehoben ist.

Diese zweite Wirkung der Einziehung wird wenig beachtet[176]). Sie ist für das p. i. von entscheidender Bedeutung.

Bei dem im p. i. enthaltenen Forderungspfandrecht würde wegen der Identität von Pfandgläubiger und Drittschuldner eine Einziehung nach der Pfandreife nicht infragekommen. Soweit sie dazu dient, dem Pfandgläubiger den durch die Forderung repräsentierten Vermögenswert zu verschaffen, ist sie vollkommen entbehrlich; nicht dagegen bezüglich der weiteren Wirkung des teilweisen oder vollständigen Untergangs der Gläubigerforderung. In dieser Hinsicht muß die in die Rechtslage ändernd eingreifende Einziehung durch ein den besonderen Verhältnissen des p. i. angepaßtes Mittel ersetzt werden. Dieses Mittel ist in einer Erklärung des Pfandgläubigers (Kautionsempfängers) an den Gläubiger (Kautionsgeber) gefunden[177]), des Inhalts, daß er sich in Höhe der gesicherten Gegenforderung aus der verpfändeten Forderung befriedigt habe.

Das gilt nicht nur für den Fall der Barkaution, sondern für das p. i. schlechthin. Auch wenn andere vertretbare Sachen als Geld kautionshalber übergeben worden sind, entspricht im Augenblick der Pfandreife die Rechtslage derjenigen, die nach der Einziehung einer normal verpfändeten Geldforderung gegeben ist; der Kautionsempfänger ist bereits Eigentümer der vertretbaren Sachen. Beim p. i. erfolgt also stets die Befriedigung des Kautionsempfängers durch einseitige Befriedigungserklärung gegenüber dem Kautionsgeber[178]). Eine vor der Pfandreife (§ 1228 Abs. II) abgegebene Befriedigungserklärung ist ohne rechtliche Wirkung.

---

[176]) Weigelin, S. 38 f. weist darauf hin, daß das Forderungspfandrecht auch eine negative gegen den Hauptgläubiger der Forderung gerichtete Seite habe, auf Grund deren der Hauptgläubiger im Falle der Ausübung des Pfandrechts aus der verpfändeten Forderung ganz und gar herausgedrängt werde.

[177]) Auch Weigelin a. a. O. nimmt Befriedigung durch einseitige Erklärung an. Vergl. auch Windscheid I, S. 1090/91.

[178]) Ueber den Fall, daß der Adressat dieser Erklärung nicht erreichbar ist, hat Schaefer ausführlich geschrieben (S. 51 mitte). Ich schließe mich seinen Ausführungen an.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Pfaff vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus.

Er geht jedoch im Gegensatz zu der eben entwickelten Auffassung davon aus, daß gemeinhin der Forderungspfandgläubiger die ganze Forderung einzieht und das Forderungsobjekt sich aneignet ohne Rücksicht auf die Höhe der durch das Pfand gesicherten Forderung. Die Auseinandersetzung mit dem Gläubiger (Pfandschuldner) erfolgt dann im Wege der Abrechnung. In dieser „Abrechnung" sieht Pfaff den „Kern, ohne welchen eine Ausübung des Pfandrechts schlechthin nicht gedacht werden kann"[179]). Für das p. i. bleibt, da eine Einziehung der Natur der Sache nach nicht infrage kommt, einzig und allein diese Abrechnung übrig.

Von seinem Standpunkt aus kann man Pfaff recht geben; wenn man jedoch der oben vertretenen Ansicht, die dem heutigen Recht wohl mehr entsprechen dürfte, folgt, und annimmt, daß der Pfandgläubiger nur bis zur Höhe seiner Forderung zur Einziehung berechtigt ist, so kann sich der Gläubiger (Pfandschuldner) bezüglich des Restes nur an seinen Schuldner halten, und dieser, nicht aber der Pfandgläubiger würde mit ihm abrechnen.

Das heißt auf das p. i. übertragen: Nicht in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger rechnet der Kautionsempfänger mit dem Geber ab, sondern als Schuldner aus dem zugrundeliegenden darlehnsartigen Rechtsverhältnis. Die praktische Bedeutung liegt darin, daß die Ansprüche auf Rückgewähr des Restes nicht pfandrechtlicher, sondern obligatorischer Natur sind[180]).

Wenn Pfaff daher annimmt[181]), das Abrechnungsrecht „sei die durch die Beschaffenheit der Sachlage gebotene Form, in welcher das jus exigendi des Forderungspfandgläubigers geltend gemacht wird", so kann ich dem von der hier vertretenen Ansicht aus nicht folgen. Vielmehr genügt für die Ausübung des Pfandrechts die Befriedigungserklärung[182]). Zuzugeben ist, daß in dieser Erklärung meist auch die Abrechnung enthalten sein wird; aber die Abrechnung ist dann nicht Ausfluß des Pfandrechts, sondern des obligatorischen Verhältnisses zwischen den Parteien. Die Abrechnung kann und wird auch häufig später erfolgen als die Befriedigung des Pfandgläubigers.

---

[179]) Vergl. Pfaff S. 45 f.

[180]) Zu diesem Resultat kommt auch Kretschmar S. 93 unten f.

[181]) Pfaff S. 50 unten f.

[182]) Trotz erheblich abweichender Grundauffassung kommt Schaefer (S. 49) zum gleichen Ergebnis. Ebenso auch Haas (S. 40). — Vergl. auch Planck, Bem. 2a zu § 1204.

Bezüglich des Rechtscharakters dieser Abrechnung können die Ausführungen Pfaffs[183]) nur bedingt zugelassen werden, weil er in der Abrechnung einen Ausfluß des Pfandrechts sieht. Jedenfalls ist die Abrechnung keine Kompensation, denn an einer kompensablen Gegenforderung des Schuldners fehlt es. M. E. liegt in der Abrechnung, der Erklärung des Schuldners, daß infolge der Realisierung des Pfandrechts nur noch ein bestimmter Restbetrag zurückzuerstatten sei, ein Erfüllungseinwand nach § 362 Abs. II B.G.B. In Höhe des eingezogenen Betrages hat Schuldner an einen Dritten, nämlich den Pfandgläubiger, geleistet. Insoweit ist daher das Rückforderungsrecht des Gläubigers erloschen. Nur den Restbetrag hat Schuldner noch zu leisten[184]).

Wie jeder Pfandgläubiger ist auch der Kautionsempfänger nicht darauf angewiesen, sich aus der Kaution zu befriedigen. Er behält grundsätzlich das Recht, den Schuldner persönlich zu belangen und in dessen Vermögen zu vollstrecken[185]). Jedoch wird mitunter beim p. i., insbesondere bei der Barkaution der Fall eintreten, daß dem Gläubiger bei persönlicher Belangung des Schuldners der Satz „dolo facit, qui petit, quod redditurus est" entgegengehalten werden kann. Bereits Schaefer (Seite 51) und Haas (Seite 48) haben darauf hingewiesen, daß in dieser Erscheinung nicht eine Besonderheit des p. i. liegt, sondern daß sie sich vielmehr aus der Natur des Geldes als Sicherungsmittel erklärt und auch beim gewöhnlichen Geldpfand[186]) vorkommt[187]).

Hat ein Dritter für den Schuldner die Kaution bestellt, so kann er vom Gläubiger nicht verlangen, daß dieser sich zunächst an den Schuldner hält. Ein beneficium excussionis personalis steht dem Dritten nicht zu. Wohl aber ist ihm ein Lösungsrecht aus § 1223 Abs. II B.G.B. zuzubilligen, soweit dem nicht der Grundsatz des „dolo facit. . . ." entgegensteht. Der Dritte kann also den Gläubiger befriedigen und gemäß § 1225 geht dann die Forderung des Gläubigers auf ihn über.

---

[183]) Seite 46 ff.

[184]) Daß Schuldner und Pfandgläubiger beim p. i. identisch sind, macht diese Auffassung nicht unmöglich.

[185]) Vergl. Wolff § 165 I 5.

[186]) Vergl. O.L.G. Bamberg in Seuff. Arch. 64, S. 99.

[187]) Wenn der persönliche Schuldner zugleich der Kautionsbesteller ist, dürfte ihm in der Vollstreckungsinstanz der § 777 Z.P.O. zur Seite stehen. Zwar hat d. Gläub. kein Pfandr. an einer bewegl. Sache des Schuldners. Das Pfandr. an der Rückgabeforderung hat aber wirtschaftl. gesehen genau denselben Wert. Deshalb ist die entspr. Anwendung des § 777 Z.P.O. gerechtfertigt. Vergl. Stein-Jonas, Anm. II, 3 zu § 777.

Entsprechend der Verkaufsandrohung beim echten Sachpfand (§ 1234), hat man für das p. i. eine Befriedigungsandrohung verlangt[188]), damit dem Kautionsgeber Gelegenheit geboten sei, die Befriedigung aus der Kaution durch nachträgliche Leistung abzuwenden. Das Erfordernis einer solchen Androhung verträgt sich jedoch m. E. nicht mit dem wirtschaftlichen Zweck des p. i., nämlich der möglichst schnellen und reibungslosen Befriedigung des Kautionsempfängers. Im allgemeinen wird bei Begründung eines p. i. auch der Kautionsgeber den Empfänger nicht zu einer besonderen Befriedigungsandrohung verpflichten wollen. Die ausdrückliche Vereinbarung einer solchen Androhung ist selbstverständlich möglich. Außerdem scheint es dann gerechtfertigt, eine vorherige Androhung zu verlangen, wenn der Kautionsgeber mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch ist. In solchem Fall muß dem Kautionsgeber Gelegenheit geboten werden, den Schuldner zu nachträglicher Leistung anzuhalten[189]). Das dürfte als der Verkehrssitte entsprechend nach § 157 B.G.B. bei einem Kautionsvertrag für fremde Schuld anzunehmen sein. Anstelle der im § 1234 Abs. II vorgeschriebenen Monatsfrist würde jedoch eine für den Einzelfall angemessene Frist zu setzen sein.

Wenn ein Dritter an dem Rückforderungsanspruch des Kautionsgebers ein Recht hat, das er durch die Ausübung des Pfandrechts verlieren würde, so kann er gemäß § 1249 B.G.B. den Pfandgläubiger (Kautionsempfänger) befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Soweit er den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über.

Hat der Kautionsgeber seinen Rückforderungsanspruch weiterverpfändet, oder ist dieser von einem Dritten gepfändet worden, so wird dadurch das Pfandrecht des Kautionsempfängers nicht beeinträchtigt. Da — wie auf Seite 27 ds. Arbeit ausführlich behandelt — sein Pfandrecht zugleich mit dem Rückforderungsrecht entsteht, geht es nach den Grundsätzen der pfandrechtlichen Priorität allen späteren Pfandrechten vor[190]). Das gilt gemäß § 1209 B.G.B. selbst dann, wenn die Kaution — wie meistens — für eine künftige oder eine bedingte Forderung gestellt worden ist.

Zum Schluß bleibt noch die Frage übrig, ob das Verbot des § 1229 B.G.B. auf das p. i. anzuwenden ist. Für das Forderungspfandrecht gilt es grundsätzlich ebenso, wie für das gewöhnliche Sachpfandrecht. Da das p. i. ein Forderungspfandrecht enthält, dürfte die lex commissoria auch beim irregulären Pfandrecht zur

---

[188]) So Nichterlein S. 63; mit Einschränkungen auch Schaefer S. 53; dagegen lehnt Haas (S. 54) die Anwendung des § 1234 auf das p. i. ab.

[189]) Vergl. Schaefer S. 53.

[190]) Vergl. Planck, Anm. 2a zu § 1204.

Anwendung kommen. Das Verbot würde hier bedeuten, daß eine Vereinbarung, nach welcher der Verpfänder bei nicht rechtzeitiger Befriedigung des Pfandgläubigers seinen Rückgabeanspruch verlieren soll[191]), nichtig ist.

Früher wurde allgemein die Anwendung der lex commissoria auf das p. i. abgelehnt. So vor allem von den Schriftstellern, die den pfandrechtlichen Charakter des Instituts leugnen[192]). Aber selbst Haas[193]), der doch im p. i. ein wahres Sachpfandrecht erblickt, kommt zur Ablehnung des § 1229.

Die neueren Untersuchungen[194]) bejahen dagegen durchweg die Anwendung des Verbots einer Verfallklausel. Vor allem haben Raape[195]) und später Oertmann[196]) die von Demelius und Haas angeführten Gründe überzeugend widerlegt[197]).

In der Tat ist der Schutzgedanke des § 1229 auch beim p. i. durchaus am Platze. Wenn Haas[198]) die Gefahr der Uebervorteilung des Schuldners beim p. i. als nicht vorliegend erachtet, so mag das bei der Barkaution meistens, aber lange nicht immer zutreffen, nicht aber trifft es zu bei den anderen Möglichkeiten irregulärer Verpfändung. Hier besteht genau wie beim gewöhnlichen Pfandrecht die Gefahr einer Ausbeutung des Schuldners.

---

[191]) Nach Oertmann, Leipz. Zeitschr. 1918 S. 484 würde beim p. i. die Verfallklausel bedeuten, daß der Verpfänder seinen Rückgabeanspruch verlieren soll.

[192]) Z. B. Demelius, S. 96 f. und S. 233 unten.

[193]) Haas, S. 55 ff.

[194]) Leist, Seite 98; Raape S. 67; Oertmann S. 483 ff.; Schaefer S. 54 f.

[195]) Seite 67.

[196]) Seite 483 ff.

[197]) Gegen die von Demelius und Haas vertretene Ansicht, daß die Verfallabrede beim p. i. einer Vertragsstrafe gleichkomme, Oertmann S. 484 mitte.

[198]) Wohl im Anschluß an Demelius Seite 96 unten f.

V. Die Beendigung des irregulären Pfandrechts.

Wie bei der Entstehung, so ist auch bei der Beendigung des p. i. zu berücksichtigen, daß es ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft ist. Für die Beendigung des irregulären Pfandrechts ist der Untergang des Forderungspfandrechts und das Erlöschen des darlehnsartigen Rechtsverhältnisses erforderlich. Es ergibt sich jedoch, daß die Auflösung des Realkontrakts stets auch den Untergang des Forderungspfandrechts herbeiführt, weil mit dem Rückforderungsrecht der Pfandgegenstand untergeht[199]).

Soweit die Kaution für die aus einem bestimmten Rechtsververhältnis entspringenden Ansprüche bestellt ist, wird der Rückforderungsanspruch grundsätzlich[200]) mit der Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses fällig. Ist die Kaution zur Sicherung für eine einzelne bestimmte Forderung gegeben worden, so hängt die Fälligkeit des Rückforderungsanspruches von der Fälligkeit der gesicherten Forderung ab. Diese Sätze folgen notwendig aus dem Sinn und Zweck der Hingabe einer Kaution.

Vom Augenblick der Fälligkeit ab ist der Kautionsempfänger zur sofortigen Rückerstattung des Empfangenen in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet. Falls ihm aus dem gesicherten Rechtsverhältnis Ansprüche erwachsen sind, für die er vom Schuldner nicht befriedigt worden ist, so kann er nunmehr durch Ausübung seines Pfandrechts an dem fälligen Rückforderungsanspruch sich selbst für seine Forderungen befriedigen. Soweit das geschieht, erlischt das Rückforderungsrecht des Kautionsbestellers. Der Kautionsempfänger braucht in seiner Eigenschaft als Schuldner aus dem darlehnsartigen Rechtsverhältnis nur soviel des Empfangenen in genere zurückzugeben, als nach Abzug seiner gesicherten Gegenforderungen übrig bleibt[201]).

Wenn der Kautionsempfänger seiner Rückgabeverpflichtung nachgekommen ist, ist mit dem darlehnsartigen Realkontrakt auch das irreguläre Pfandrechtsverhältnis erloschen.

---

[199]) Vergl. die Ausführungen auf Seite 26 ff. ds. Arbeit.

[200]) Mitunter wird der Rückforderungsanspruch schon vor Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses fällig. Vergl. die Ausführungen auf der folgenden Seite.

[201]) Vergl. die Ausführungen auf Seite 40 dieser Arbeit.

Auch wenn die Kaution vorzeitig, d. h. vor der Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs zurückgegeben wird, geht das p. i. unter[202]).

Das irreguläre Pfandrechtsverhältnis kann aber auch, ohne daß es zu einer Rückerstattung kommt, beendet werden. So z. B. dann, wenn der Kautionsgeber auf seinen Rückerstattungsanspruch verzichtet[203]) oder der Kautionsempfänger durch Ausübung seines Pfandrechts die Kaution restlos verbraucht. Ferner geht der Rückerstattungsanspruch und damit zugleich das p. i. infolge von Konfusion unter, wenn der Kautionsempfänger den Kautionsbesteller beerbt oder umgekehrt.

Mitunter wird der Rückerstattungsanspruch schon vor der Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses fällig. So beispielsweise, wenn der Kautionsempfänger auf die Kaution, d. h. genauer auf sein Forderungspfandrecht verzichtet. In solchem Falle geht gemäß § 1255 B.G.B. das Pfandrecht am Rückerstattungsanspruch unter. Forderungspfandrecht und darlehnsartiger Realkontrakt stehen in wesentlichem Zusammenhang zueinander. Ohne das Pfandrecht kann der Realkontrakt den bei seiner Begründung von den Parteien gewollten Sicherungszweck nicht erfüllen. Das Fortbestehen des Realkontraktes würde daher bei Verzicht auf das Pfandrecht keinen Sinn haben. Mit gutem Grund darf man deshalb annehmen, daß der Rückforderungsanspruch mit dem Untergang des Pfandrechts fällig wird.

Die gleichen Erwägungen gelten dann, wenn es einwandfrei feststeht, daß aus dem gesicherten Rechtsverhältnis für den Kautionsempfänger keine Ansprüche mehr erwachsen können. In diesem Fall geht das Forderungspfandrecht zufolge seiner accessorischen Natur unter. Auch hier wäre es sinnlos, wollte man das darlehnsartige Rechtsverhältnis bis zur Beendigung des sichergestellten Rechtsverhältnisses fortbestehen lassen.

Ferner wird infolge Untergangs des Forderungspfandrechts der Rückerstattungsanspruch vorzeitig fällig, wenn in dem gesicherten Rechtsverhältnis an Stelle des ursprünglichen Gläubigers durch Vertrag ein neuer Gläubiger tritt, und dabei der Uebergang der Kaution ausgeschlossen wird (§ 1250 Abs. II B.G.B.).

Schließlich wird man auch dann eine sofortige Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs anzunehmen haben, wenn der Geltendmachung des Forderungspfandrechts eine peremptorische Einrede entgegen steht (vergl. § 1254)[204]).

---

[202]) Das entspricht in seinen Folgen den §§ 1253 B.G.B.

[203]) Darüber, daß hier der § 1276 keine Anwendung findet, vergl. S. 34 ds. Arbeit.

[204]) Vergl. Schaefer, § 20 Ziff. VII.

Der Untergang der kautionshalber hingegebenen Sachen ist natürlich ohne Einfluß auf den Bestand des p. i.. Bei Untergang der gesamten Gattung wird der Kautionsempfänger den Wert der empfangenen Sache in Geld zu erstatten haben[205]).

Soweit der Kautionsempfänger zur Rückerstattung verpflichtet bleibt, kann er mit gleichartigen Gegenforderungen aufrechnen[206]).

---

[205]) Und zwar nicht nur nach Maßgabe der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (§ 818 Abs. III paßt hier offenbar nicht!), sondern schlechthin. Vergl. auch Schaefer § 18, Ziff. VI.

[206]) Vergl. Planck, Anm. IIa zu § 1204. — Anderer Meinung O.L.G. Bamberg in Seuff. Archiv 64 No. 48 S. 101 und im Anschluß daran Biermann, Anm. 4 zu § 1229 und Staudinger, Anm. VI zu § 1204.

VI. Das irreguläre Pfandrecht im Konkurs.

Im Konkurse des Kautionsbestellers hat der Kautionsempfänger bezüglich seiner aus dem gesicherten Rechtsverhältnis erwachsenen Ansprüche ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Rückerstattungsanspruch. (§ 48 K.O.)[207]. Er braucht also zur Konkursmasse nach Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge genau wie auch sonst nur insoweit zurückzugeben, als die Kaution nicht zum Zweck seiner Befriedigung durch Ausübung des Forderungspfandrechts verbraucht ist. Soweit danach der Kautionsempfänger noch zur Rückerstattung verpflichtet bleibt, kann er im Rahmen der §§ 53 ff. K.O. mit nicht gesicherten Gegenforderungen aufrechnen[208].

Andererseits kann der Kautionsempfänger auch Forderungen, die durch die Kaution gesichert sind, unbeschadet seines Absonderungsrechts als Konkursforderungen anmelden (§ 64 K.O.). Konkursdividende erhält er aber nur insoweit, als er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder als die Kaution zur Deckung der Forderungen nicht ausreicht (vergl. auch § 153 K.O.).

Wenn zur Zeit der Konkurseröffnung der Rückerstattungsanspruch noch nicht fällig ist[209], so hat der Kautionsempfänger einstweilen zur Masse nichts zu leisten. Der Konkurs an sich bewirkt nicht die vorzeitige Fälligkeit des Anspruchs; die Kaution haftet auch weiterhin für alle aus dem gesicherten Rechtsverhältnis entstehenden Forderungen des Kautionsempfängers. Jedoch sind die Parteien gemäß der §§ 17 ff. K.O. häufig in der Lage, die Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs alsbald dadurch herbeizuführen, daß sie das gesicherte Rechtsverhältnis vorzeitig auflösen. Es ist dann zu beachten, daß die vorzeitige Auflösung für den Kautionsempfänger unter Umständen einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründen kann, für den die Kaution noch haftet[210].

Die vorstehenden Ausführungen lassen erkennen, daß die Lage des Kautionsempfängers im Konkurse des Bestellers äußerst günstig ist. Er kann durch den Konkurs nur dann einen Verlust erleiden, wenn seine Ansprüche durch die Kaution nicht voll gedeckt sind[211].

[207]) So auch Haas, S. 63; Klinkmüller S. 51 u. Schaefer S. 65.

[208]) Vergl. Haas, S. 63 f., unter Einschränkung auch Schäfer S. 65.

[209]) Vergl. die Ausführungen auf S. 43 u. 44 ds. Arbeit.

[210]) Vergl. Haas, S. 64 unten.

[211]) Vergl. Kretschmar, S. 115.

Wesentlich schlechter ist die Stellung des Kautionsgebers im Konkurse des Kautionsempfängers. Da die kautionshalber hingegebenen Sachen in das Eigentum des Empfängers übergegangen sind, kommt ein Aussonderungsanspruch (§ 43 K.O.) auf keinen Fall infrage[212]). Zwar kennt das Konkursrecht nicht nur eine Aussonderung auf Grund dinglichen Rechts. Auch ein obligatorisches Recht kann, wenn es auf Auslieferung eines massefremden Gegenstandes abzielt, Grundlage der Aussonderung sein[213]). Das im p. i. enthaltene obligatorische Recht des Kautionsbestellers, der Rückerstattungsanspruch, geht aber nicht auf Auslieferung eines massefremden, sondern auf Uebertragung eines massegehörigen Gegenstandes (soweit sich überhaupt Sachen der zurückzugebenden Art in der Masse befinden!).

Der Kautionsbesteller kann daher den Rückerstattungsanspruch nur als eine gewöhnliche Konkursforderung anmelden; er bleibt auf eine Konkursdividende angewiesen[214]). Dabei ist zu beachten, daß sich im Konkurse alle Forderungen in Geldforderungen deutscher Währung verwandeln (§ 69 K.O.), auch wenn sie ursprünglich nicht auf Geld gerichtet waren.

Sofern der Kautionsbesteller dem Empfänger noch etwas schuldet — sei es aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse, sei es aus sonstigen Rechtsbeziehungen —, kann er im Rahmen der §§ 53 ff. mit seinem Rückerstattungsanspruch aufrechnen.

Wenn zu Beginn des Konkurses der Rückerstattungsanspruch noch nicht fällig ist, so sind die §§ 65 bis 67 K.O. zu beachten. Im Gegensatz zu Haas wurde auf Seite 24 f. dieser Arbeit festgestellt, daß der Rückerstattungsanspruch schon bei Begründung des p. i. zur Existenz gelangt. Demnach handelt es sich um einen betagten (befristeten) und nicht um einen bedingten Anspruch. Daher kommt § 65 K.O. zur Anwendung: der betagte Rückerstattungsanspruch gilt im Konkurs als fällig[215]). Er kann deshalb sofort nach Konkurseröffnung geltend gemacht werden und ist wie jeder bereits fällige Anspruch zu berücksichtigen[216]). Dieses Ergebnis ist zufrie-

---

[212]) So auch Haas, S. 65; Schaefer, S. 66. In besonderen Fällen hält Demelius (S. 235, insbes. Anm. 171) eine Aussonderung für zulässig. — Vergl. auch S. 30 dieser Arbeit.

[213]) Vergl. Kisch, § 32 II 2.

[214]) Ebenso Haas, S. 65; Klinkmüller, S. 52.

[215]) Zu einem anderen Ergebnis kommt Haas (S. 68) vom Standpunkt seiner Auffassung, daß der Rückerstattungsanspruch erst nach Lösung des gesicherten Rechtsverhältnisses zur Existenz gelangen wird. Er will allgemein dem Kautionsbesteller nur ein Recht auf Sicherstellung entsprechend § 67 K.O. geben.

[216]) Zu diesem Ergebnis kommen auch Nichterlein, S. 54 u. Klinkmüller, S. 52 ff.

denstellend, soweit während des Konkurses auch das gesicherte Rechtsverhältnis sein Ende findet. Wenn aber dieses Rechtsverhältnis den Konkurs überdauert, so würde der Kautionsempfänger seine Sicherheit verlieren. In solchem Fall wird man daher aus Billigkeitsgründen von der Anwendung des § 65 K.O. absehen. Da aber andererseits auch der Kautionsgeber nicht allzu schlecht gestellt werden darf, wird man ihm entsprechend dem § 67 K.O. ein Recht auf Sicherstellung geben.